Ein Beitrag

zur

Erläuterung der §§ 364 Abs. 2 und 607 Abs. 2 B.G.B. unter Berücksichtigung der Novationslehre.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Paul Clausen
aus Hamburg
Referendar in Hamburg.

Approbiert am 26. Mai 1908.

Erlangen 1908.
Druck der Universitäts-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

7

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Meinen lieben Eltern.

Literaturverzeichnis.

Achilles: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. 1901.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Archiv für bürgerliches Recht.
Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 1886.
Bähr: Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl.
Berndorff: Annahme an Erfüllungsstatt, 1904.
v. Blume: Novation und Delegation, 1895.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 1879.
v. Buchka: Vgl. Darstellung d. bürgerl. u. d. gem. Rechts, 1897.
Corpus iuris civilis v. Mommsen und Krüger.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.
Dernburg: Lehrbuch der Pandekten.
Dernburg: Das bürgerliche Recht, 1902.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.
Endemann: Handbuch des Handelsrechts, 3. Band.
Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, 1906.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Eck-Leonhard: Vorträge über das BGB. 1903.
Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, 1900.
Fehr: Ueber Hingabe an Erfüllungsstatt, Diss. 1902.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 1904.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts B. 43, 47.
Grünhut: Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. 15.
Hölder: Komm. zum BGB. (Bd. 2, Schollmeyer, Schuldverhältnisse).
Juristische Wochenschrift.
Keller: Pandekten, 1860.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.
Koolwyk: Hingabe an Erfüllungsstatt nach dem BGB., Diss. 1902.
Kuhlenbeck: Kommentar zum BGB.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. 1899, 2. Teil.

Landsberg: Das Recht des bürgerl. Gesetzbuches, 1904.
Leske: Vgl. Darstellung d. bürgerl. Gesetzbuches, 1900, 1. Hälfte.
Manigk: Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte, 1901.
Martin: Verwandlung bestehender Schulden in Darlehensschulden, 1903.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.
Meissner: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, 1898.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches.
Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung d. Oberlandesgerichte.
Müller-Meikel: Das bürgerl. Recht, 1904.
Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, 1903.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, I. und II. Aufl.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl.
Rehbein: Das bürgerl. Gesetzbuch, 190 , 2. Bd.
Römer: Die Leistung an Zahlungsstatt, 1866.
Römer: die bedingte Novation nach röm. u. heutigem gem. Recht.
Rosenthal: Das bürgerl. Gesetzbuch, Graudenz.
Salkowsky: Zur Lehre von der Novation, 1866.
v. Salpius: Novation und Delegation.
v. Savigny: Obligationenrecht, Berlin 1853.
Scherer: Kommentar zum BGB.
Schey: Obligationsverhältnisse.
Seufferts Archiv.
Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung.
Siber: Compensation und Aufrechnung, 1899.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903.
Stammler: Schuldverhältnisse, 1897.
Staudinger: Kommentar zum BGB.
Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis, Bd. I, 7. Aufl.
Türcke: Niederführ und Winter, Das bürg. Recht, Leipz. 1904.
Unterholzner: Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, 1840.
Vangerow: Pandekten, 1866.
Welsch: Die Novation unter besonderer Berücksichtigung des neuen deutschen Zivilrechts, Straubing 1907.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten, 1900.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
A.	§ 1. Einleitung	1
B.	Allgemeines	3
	§ 2. Die Novation des röm. und gem. Rechts	3
	§ 3. Die Annahme an Erfüllungsstatt im Sinne des § 364, Abs. 2 BGB.	11
	§ 4. Verwandlung einer bestehenden Schuld in ein Darlehen nach § 607, Abs. 2 BGB.	26
C.	Einzelfälle	45
	§ 5. Die Wirkung einer Bedingung	45
	§ 6. Die Nichtigkeit der Urforderung	57
	§ 7. Die Wirkung einer der Urforderung entgegenstehenden Einwendung resp. Einrede und die im Falle des Bestehens einer Naturalobligation	66
	§ 8. Die Anfechtbarkeit der neuen Forderung	77
	§ 9. Die Wirkung auf Pfandrecht und Bürgschaft	83
D.	§ 10. Soll durch die §§ 364, Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB. die Novation geregelt sein?	90
E.	§ 11. Schluss	95

A.

Einleitung.

§ 1.

Das Ziel eines jeden Schuldverhältnisses ist seinem Zweck entsprechend darauf gerichtet, dass es gemäss seinem Inhalte erfüllt werde und zwar durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes. Diese Leistung lässt sich jedoch nicht stets so wie verabredet durchführen, weshalb es für den praktischen Verkehr von grosser Bedeutung war, andere Tilgungsarten oder ähnliche Möglichkeiten zur Erfüllung verwenden zu können. In wessen Interesse dies liegt, sei es des Schuldners oder des Gläubigers, war hierfür gleichgültig. Durch ihr Einverständnis konnte es gestattet werden, einen anderen Gegenstand als den geschuldeten zu leisten, ja man liess es auch zu, an die Stelle der bisherigen Schuld eine andere Verbindlichkeit setzen zu dürfen. Hierdurch kann die alte Schuld zum Erlöschen gebracht und können die Parteien gezwungen werden, ihre Rechtsbeziehungen nach der neuen Schuld zu richten. Derartige Möglichkeiten sind in den §§ 364 Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB. vorgesehen.

Auch im römischen und gemeinen Rechte kamen derartige Schuldverwandlungen vor, doch wurden sie, insbesondere die datio in solutum mit einem Forderungsrechte, die auch im römischen Rechte als besonderes Rechtsgeschäft anerkannt war, durch das Institut der Novation zurückgedrängt. An und für sich waren die genannten Schuldveränderungen von der Novation ver-

schieden, aber bei der Ausbildung der Novationslehre und der Möglichkeit, durch sie denselben Erfolg zu erzielen, fand auch die Novation fast ausschliesslich Anwendung.

Das bürgerliche Gesetzbuch kennt kein besonderes Institut der Schuldverwandlung oder Schulderneuerung, sondern nur ähnliche im Erfolg gleichkommende Rechtsgeschäfte, wie sie in den genannten Paragraphen enthalten sind. Sie bilden daher den Gegenstand der folgenden Arbeit. Es soll vor allem durch die Besprechung einiger Einzelfälle und Möglichkeiten, die bei derartigen Rechtsgeschäften von Wichtigkeit sind, gezeigt werden, inwiefern sie einander gleichen oder von einander abweichen. Nur die wichtigsten Fälle sind herausgegriffen, da ihre Darstellung genügen wird, denn sonst wären grössere Wiederholungen unvermeidlich. Infolge der Verwandtschaft dieser Paragraphen mit der Novation musste auch diese in den Kreis der Betrachtung gezogen werden. Allerdings konnte hier eine Schranke gezogen werden, indem die Heranziehung der Novation unter denselben Parteien und ebenso die der reinen[1]) Novation ausreichend ist. Gerechtfertigt ist diese Beschränkung dadurch, dass die betreffenden Vereinbarungen der §§ 364 Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB nur zwischen dem Schuldner und Gläubiger selbst vorkommen können.

Bevor wir diese Fälle selbst besprechen können, muss zunächst eine Darlegung der zu besprechenden Rechtsgeschäfte erfolgen.

---

1) Diese Trennung der reinen von der titulierten Novation wird keinem Bedenken unterliegen. vgl. Windscheid, Pand. § 355. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 35, 36. Ganz scharf lässt sich diese Trennung nicht stets einhalten, da beide oft ineinander übergreifen.

B.

Allgemeines.

§ 2. Die Novation.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur; so lautet die Legaldefinition über den Begriff der Novation. (l. 1, D. 46, 2.) [1]) Hiernach stellt sich die Novation als ein Rechtsgeschäft des Inhalts dar, dass eine bestehende Schuld in eine andere Obligation übergehen soll und zwar dergestalt, dass mit dem Entstehen die alte Schuld untergehen soll: m. a. W. an die Stelle eines vorhandenen Schuldverhältnisses soll ein anderes gesetzt werden.

Wesentlich für den Novationsbegriff ist es demgemäss, dass zwei selbständige Obligationen vorliegen müssen, von denen die eine, nämlich die bisherige, durch die Begründung der neuen getilgt wird, ein Umstand, der es bewirkt, dass die Novation zu den Erfüllungssurrogaten einer Obligation gezählt wurde. [2]) Das Charakteristische der Novation liegt insbesondere darin, dass die alte Obligation durch die Begründung der neuen untergeht, wobei das Wort „durch" zu betonen ist, denn die Entstehung der neuen begründet zugleich das Erlöschen der alten,

1) Dass im folgenden nur von der sog. novatio voluntaria im Gegensatze zur novatio necessaria die Rede ist, bedarf weiter keiner Erklärung. Ueber den Unterschied beider vgl. Salpius, Nov. und Del. S. 139. Windscheid, a. a. O. u. a.

2) cf. Gaius, § 168—181. Die hier genannten fünf Tilgungsarten sind: „solutio eius quod debetur," „acceptilatio," „solutio per aes et libram," „Novatio," „litis contestatio". Justinian rechnet in J. 3, 29 ausser der Novatio, „die solutio eius quod debetur", „die acceptilatio" und den „mutuus dissensus" zu den Erfüllungsakten.

es handelt sich nur um einen einzigen Rechtsvorgang,[1]) faktisch wie juristisch ist es „ein und derselbe Akt“,[2]) unrichtig und zu Missverständnissen führend ist es, mit Salpius[3]) zu sagen, die Novation bestehe aus einem obligatorischen Vertrage in der Form der Stipulation, und einem liberatorischen Vertrage an keine Form gebundenen“. Allerdings sind in dem Wesen der Novation zwei sich gegenüberstehende an sich von einander unabhängige Bestandteile zu unterscheiden, nämlich die „tilgende“ und die „begründende“ Seite, aber es besteht nur „ein“ Vertrag, der hinwiederum beide Wirkungen hervorbringt. Wollte man beide Bestandteile von einander trennen, muss man naturgemäss auf zwei Verträge kommen, einen Erlassvertrag, durch den die alte Schuld gestört wird, und einen Begründungsvertrag, aus dem die neue Obligation entsteht. Wäre dies in der Tat so, dann hätte die Novation gar nichts besonderes an sich, und es wäre überflüssig, von ihr als von einem eigenen Rechtsinstitut zu sprechen, denn die beiden Verträge, die erst zusammengenommen die Wirkungen der Novation enthalten, sind Verträge ohne spezielle Eigenschaften, wie sie der Novationsvertrag aufweist. Aber darin besteht die Eigenart der Novation, dass sie, obwohl nur ein Vertrag, zwei entgegengesetzte Folgen zu rechtlicher Bedeutung bringt. Noch ein weiterer Unterschied schliesst die Annahme des Bestehens zweier einzelner Verträge aus. Bestände nämlich die Novation in dieser Weise, so wäre es möglich, dass beide Obligationen, wenn auch nur einen Augenblick, nebeneinander bestehen könnten, indem die neue schon zur Entstehung gelangt ist, während für die Aufhebung der alten der Erlassvertrag noch nicht in dem-

1) cf. Salkowsky, S. 42.
2) cf. Römer, die bedingte Novation, S. 4, S. 28.
3) cf. Salpius, die Novation, S. 273.

selben Augenblicke zustande gekommen ist. Ein derartiger Zustand ist undenkbar, weil durch die neue die alte Obligation erlischt (ita nova constituatur, ut prior peremtur), m. a. W. das alte Forderungsrecht wird ipso iure durch das neue aufgehoben.[1])

Die Novation ist nun keine reine Umwandlung oder Umformung einer Obligation, d. h. „die Uebertragung des wesentlichen Stoffes einer Obligation in eine neue Formalobligation",[2]) wie auch zum Beispiel Dernburg auf Seite 165 im zweiten Bande seiner Pandekten ausführt: „Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus handelt es sich um Umwandlung. Das einmal begründete Kreditverhältnis wird in veränderter Form fortgesetzt; die Schuldpost bleibt dieselbe," sondern sie ist als eine „Neuschaffung" als eine „Schulderneuerung" aufzufassen, denn sie ist nicht nur „der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes".[3]) Die neue Forderung ist keine Wiederholung der alten, andernfalls wäre der Zweck der Novation nicht einzusehen, wohl aber derartig, dass sie ihrem Inhalte nach von der alten verschieden ist; nicht die Obligation erscheint in der neuen Forderung, sondern nur das „debitum", ohne dass aber die Gegenstände identisch zu sein brauchen.[4]) Dieser Punkt tritt bei der reinen Novation, die auf „das aufzuhebende Forderungsrecht keine Rücksicht nimmt", besonders deutlich zu Tage, denn die Verpflichtung zur Leistung gemäss dem neuen Schuldverhältnisse tritt ganz unabhängig von dem alten

1) cf. Windscheid, § 353. Dernburg, Pand. § 60.

2) cf. Keller, Pand. § 276.

3) cf. Windscheid, § 353. Ueber diese Streitfrage vgl. ebenda Note 3b, vgl. ferner Unterholzner, Schuldverh. S. 621, Arndts, § 268, Puchta, § 291, a. M. Vangerow, Brinz. S. 375, Keller, Dernburg, u. a. vgl. noch Welsch, die Novation S. 4 ff.

4) cf. Windscheid, § 353, Vangorow, S. 371, a. M. Salpius, § 28, Salkowsky, S. 79 ff.

ein, indem nur versprochen wird, eine bestimmte Summe oder dgl. zu leisten, nicht aber, dass sie aus einer Kaufschuld oder einer anderen bestimmten Schuld stamme. Aus diesem Grunde ist es auch erklärlich, dass bei der Novation keine Fortsetzung des Kreditverhältnisses stattfindet, denn dieser Ansicht[1]) widerspricht insbesondere der Umstand, dass mit dem Entstehen der neuen Obligation eine vollständige Auflösung der alten eintritt. Eine Folge davon ist, dass z. B. jegliche Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen aufhört, vgl. l. 18, D. 46, 2: novatione legitime facta . . . . usurae non currunt: dass eine versprochene Konventionalstrafe fortfällt; vgl. l. 15, D. 42, 2: Si creditor poenam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committitur stipulatio; dass ferner der Verzug des Schuldners endigt; vgl. l. 8, D. 46, 2: Si Stichum dari stipulatus fuerim et, cum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere quasi mora purgata.

Der Begriff der Fortsetzung würde überdies voraussetzen, dass die alte Forderung direkt in die neue übergeht, ohne selbständig aufgelöst zu werden. Die Trennung zwischen beiden Obligationen ist aber derartig, dass sie nicht einmal aufeinander beruhen. Der Fall, dass die prior obligatio, die Urforderung, nichtig ist, gibt hierfür einen festen Anhaltspunkt, denn die Stipulation der neuen Forderung oder dergl. bleibt trotzdem vollgültig und ist nicht etwa auch nichtig, wenn sie nicht ausdrücklich nur auf Leistung dessen, was den Inhalt der Urforderung bildet, gerichtet ist; quod ex empto mihi debes, dare spondes; und auch hier ist die Stipulation wegen des Nichtbestehens der Urforderung nicht eigentlich nichtig,

1) cf. Dernburg, Pand. 2, S. 165, Welsch, a. a. O. S. 2, Crome, System II S. 269, Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 270.

sondern gegenstandslos, weil die versprochene Leistung gleich Null ist.[1]) Würde es sich nur um eine Fortsetzung handeln, dann müsste doch schon etwas Positives bestehen, das in direkter Weise übergeht, denn wie kann man von einer Fortsetzung sprechen, wenn überhaupt eine Grundlage zur Fortsetzung rechtlich und faktisch nicht besteht, indem nämlich eine scharfe Trennung zwischen beiden Obligationen eingetreten ist. Allerdings bleiben gewisse Beziehungen zwischen den Parteien bestehen, auf die wir hier nicht näher eingehen wollen; aber es ist nicht das alte Verhältnis, das erhalten bleibt. Durch die Entstehung des neuen Schuldverhältnisses erlischt das alte und zwar vollkommen und endgültig, sodass es durchaus als beseitigt gelten muss. Alle diese schwerwiegenden Gründe sprechen sich gegen eine Fortsetzung des alten Kreditverhältnisses aus, und man muss daher diese Annahme verneinen; die Bedeutung des Wortes „novatio", wie sie in l. 1, pr. D. 46, 2 gegeben ist — novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione — dürfte diese Ansicht bestärken.

Die Voraussetzungen der Novation, um ihre Wirkungen zu ermöglichen, ruhen auf dem Vorhandensein zweier Obligationen und — wenigstens nach justinianischem und gemeinem Recht — dem sog. animus novandi. Im einzelnen ist hierzu folgendes zu bemerken.

Wenngleich die gültige Existenz der prior obligatio die Regel bilden mag, so ist dieses keineswegs durchaus erforderlich, denn einmal genügt es, dass sie eine naturale Verbindlichkeit, also eine nicht klagbare, sein kann, andererseits tritt die Novationswirkung auch dann ein, falls eine Einrede ihrer Geltendmachung im Wege stehen würde, ja sogar eine nichtige Forderung kann noviert

---

1) vgl. unten § 6.

werden.[1]) In l. 1, § 1, D. 46, 2 ist dieser Standpunkt auch schon vertreten, denn dort heisst es: Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. Auch auf die Art der prior obligatio, ob sie einem „Verbal-, Real- oder Consensualkontrakte" zu Grunde lag, kommt es ebensowenig an.[2])

Schärfer und bestimmter sind die Erfordernisse der posterior (nova) obligatio gefasst. Zunächst ist hier über die Form einiges zu bemerken. Konnte die Novation im früheren römischen Rechte nur in der Form der transscriptio, stipulatio und litiscontestatio erfolgen — eine Formalobligation ist stets erforderlich[3]) —, so blieb im justinianischen Rechte nur noch die stipulatio übrig.[4]) In der Weiterentwicklung hat sich hieran für das gemeine Recht eine Streitfrage angeschlossen, dahin gehend, ob jetzt eine Formalobligation erforderlich sei oder ob ein formloser Vertrag genüge. Mit der herrschenden[5]) Meinung ist anzunehmen, dass ein formloser Vertrag ausreichend ist, — gab es doch im gemeinen Rechte eine stipulatio nicht mehr — doch nicht jeder Vertrag, sondern nur einseitige, von denen hinwiederum die abstrakten den Vorzug verdienen, weil eben auf keine causa

---

1) vgl. Näheres unten.

2) cf. Dernburg, Pand. II § 60, Salkowsky, S. 74 ff., Salpius, S. 138 ff.

3) cf. Salkowsky, S. 89.

4) vgl. insbesondere über die Gründe Römer, die bedingte Novation, S. 3, Salkowsky, S. 89 ff., Salpius, S. 135 ff.

5) cf. Salpius, § 77, Windscheid, § 354 insb. Note 1, Welsch, S. 35 ff. a. M. u. a. Keller, § 276.

Bezug genommen wird.[1]) Letzteres leuchtet um so mehr ein, wenn man erwägt, dass der Zweck der Novation auf die Schaffung eines von einer causa unabhängigen und daher leichter beweisbaren Rechtes gerichtet ist, eine Folgerung, die sich aus der Form des justinianischen Rechtes, der stipulatio, ergiebt, indem hier der Schuldner „gemäss seinem Worte", also ohne Angabe eines Grundes aus der neuen Forderung verpflichtet war; „es entsteht nämlich ein neues Schuldverhältnis, dessen Inhalt und Wirksamkeit sowohl in der Hauptsache als in Nebendingen nicht durch die Beschaffenheit der früheren Schuldforderung, sondern durch den Neuerungsvertrag und die in diesem enthaltenen Festsetzungen bestimmt wird".[2]) Auch hier ist die materielle Gültigkeit der nova obligatio, wenigstens um die Aufhebung der prior obligatio zu bewirken, nicht unbedingt notwendig.[3])

Die dritte und wichtigste Voraussetzung für die Novation ist, wie schon erwähnt, wenigstens im späteren Recht, der animus novandi, d. h. die Parteien, insbesondere der Gläubiger, müssen die Absicht gehabt haben, „die alte Obligation durch die Begründung der neuen aufzuheben".[4]) Eine Vermutung für diese Absicht war nach justinianischem und gemeinem Rechte nicht als gegeben zu betrachten, während diese Vermutung bis zu Justinian, wie von vielen Schriftstellern nachgewiesen ist,[5]) vorhanden war. Seitdem hat aber der Satz in l. 8, C. 42, 8 „voluntate solum esse, non lege novandum", der im Sinne dieser Streitfrage zu verstehen ist, unumschränkt Anerkennung gefunden. Wenn also die Absicht zu novieren

1) cf. Dernburg, Pand. II S. 168.
2) cf. Unterholzner, Schuldverh. S. 624.
3) vgl. unten § 8.
4) cf. Dernburg, Pand. S. 169.
5) cf. Salpius, § 32, Salkowsky, § 8, Dernb. Pand. S. 169.

erforderlich ist und daher aus dem Vertrage hervorgehen muss, so ist damit noch nicht gesagt, dass sie „ausdrücklich" mit Worten erklärt werden muss, vielmehr ist es nur für notwendig zu erachten, dass sie deutlich erkennbar ist; dergestalt ist es möglich, dass sie stillschweigend aus dem Verhalten der Parteien hervorgehen kann, sodass sie unzweideutig als der darauf gerichtete Wille des Gläubigers wie des Schuldners zu gelten hat: ein Zweifel über den animus novandi darf nicht bestehen. Dieses besagt auch die folgende Stelle Justinians in l. 8, C. 8, 42, deren Sinn allerdings sehr bestritten ist: „novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambignitates resecantes, sancimus, siquis . . . . aliquid fecerit, ex quo veteres iuris conditores introducebant novationes; nihil penitus prioris cautelae innovari, sed interiora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro aut anterioribus elegerint. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo *ἀνοβατεύτως* dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenisse. Mit der herrschenden Meinung ist diese Stelle, wie erwähnt, dahin zu deuten, dass die Novationsabsicht erklärt sein muss, wenn auch stillschweigend,[1]) andernfalls würden beide Forderungen nebeneinander bestehen bleiben.

Die Wirkung der Novation zeigt sich insbesondere in zwei Hauptpunkten, nämlich in der liberatorischen und

---

1) Vgl. hierüber Vangerow, Bd. 3, S. 368, § 619., ferner Dernburg, Pand. II, S. 170, Windscheid, S. 478, insb. Note 15. — Puchta, § 291, Arndts, § 268, Salpius, § 43, Salkowsky, § 8, Unterholzner, S. 628 u. a. — E. R. 9, S. 64, und 14, S. 210, Seuffert, Bl. f. R. A. Bd. 6, S. 157, Bd. 23, S. 30, Bd. 25, S. 92.

in der obligatorischen Wirkung.[1]) Einmal besitzt sie die Fähigkeit, das bestehende Forderungsrecht aufzulösen und vollkommen zu vernichten, und zwar tritt diese Zerstörung ipso iure[2]) durch die Begründung der neuen Schuld ein. Diese tilgende Wirkung ist dieselbe, wie bei der datio in solutum, sodass der Gläubiger aus der alten Forderung als befriedigt gilt. Aus diesem Grunde wurde auch die Novation mit der solutio verglichen: l. 31, § 1, D. 46, 2: secundam quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus, ja an anderer Stelle[3]) wird sie überhaupt zu den Erfüllungsakten gezählt. Demzufolge gehen auch alle Nebenrechte, wie z. B. das Pfandrecht, unter, es sei denn, dass sie (im Einverständnis mit dem Pfandeigentümer) ausdrücklich vorbehalten sind.

Auf der anderen Seite entsteht ein neues Forderungsrecht, das von nun an dem Gläubiger zur Befriedigung dienen soll, gemäss dem Zwecke der heutigen Novation, dem Gläubiger eine neue und sichere Forderung an Stelle der alten zu geben.

§ 3. Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit (§ 364 Abs. 2 BGB.)

In der Einleitung habe ich kurz das Verhältnis der Novation zur datio in solutum angedeutet, dass nämlich die datio in solutum mit einem Forderungsrechte durch die novatio verdrängt wurde. Eine Begründung dafür, dass ich hier den Absatz 1 des § 364 BGB., der ganz all-

---

1) cf. Unterholzner, S. 622.

2) cf. Dernburg, Pand. S. 170, Keller, § 276.

3) s. oben S. 4 Anm. 1 und 1, 21, § 3 D. 33, 1.

4) Vgl. die Quellenangaben bei Welsch, S. 23 und 24, und Windscheid, § 353, Note 10.

gemein von der datio in solutum handelt, zunächst ausser Acht lassen kann — in den späteren Ausführungen wird dieser Absatz allerdings noch manchmal herangezogen werden müssen —, erscheint mir unnötig; ich wende mich daher gleich zum zweiten Absatz dieses Paragraphen, der auch in den Hauptpunkten die Veranlassung zur Erörterung über die datio in solutum durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit gibt. Der Wortlaut ist folgender:

„Uebernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt."

In diesem Absatze [1]) stellt das Gesetz eine Vermutung auf, wonach im Zweifel, falls der Schuldner dem Gläubiger gegenüber eine neue Verbindlichkeit z. B. eine Wechselverpflichtung übernommen hat, diese Verbindlichkeit nicht an Erfüllungsstatt, sondern nur erfüllungshalber hingegeben ist, sodass von diesem Augenblicke an beide Forderungen nebeneinander bestehen. Der Gläubiger soll zwar seine Befriedigung aus der neuen zu erhalten suchen, [2]) würde doch das Gegenteil zweifellos gegen Treu und Glauben und gegen die Verkehrssitte verstossen, aber falls die neue Verbindlichkeit keine Befriedigung zu schaffen imstande ist, steht dem Gläubiger stets der Rückgriff auf die alte offen. [3]) Diese Auslegungsregel ent-

---

1) Vgl. Müller-Meikel, bürg. Recht, S. 324.

2) Vgl. J. W 01. S. 867, ROHG. 21, Nr. 15, S. 251.

3) Durch den Abs. 2 § 364 BGB. soll insbesondere die Beweislast geregelt werden, in dem die Vermutung für den Gläubiger spricht, der Schuldner daher das Erlöschen zu beweisen hätte, vgl. Berndorff, Annahme, S. 42 ff. Deshalb hat der Satz „Wechselhingabe noviert nicht" auch heute noch insofern Gültigkeit, als der Wechsel nicht ohne weiteres das bestehende Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt. Vgl. ROHG. Bd. 5, Nr. 56, Bd. 20,

spricht sicherlich dem praktischen Bedürfnis, da das Recht des Gläubigers sicher gestellt sein soll; sie räumt jedoch auch gleichzeitig die Möglichkeit ein, dass es den Parteien erlaubt sein soll, die Uebernahme der Verbindlichkeit seitens des Schuldners „an Erfüllungsstatt" zu übernehmen,[1]) eine Folgerung, die schon dem Absatz 1 dieses Paragraphen entnommen werden konnte, denn auch die „Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit ist eine Leistung, welche an Erfüllungsstatt gegeben werden kann". [2])

Nur die Uebernahme der Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt, nicht die erfüllungshalber, wird den Gegenstand der folgenden Darlegung bilden, und diese Auslegung ist im folgenden stets zu unterstellen, wenn vom § 364 Abs. 2 BGB. die Rede ist, es sei denn, dass etwas anderes bemerkt ist.

Die erste Frage, die wir zu beantworten haben, ist die: Auf welche Weise kommt das Rechtsgeschäft der Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit zustande? Gleich von vornherein sei hervorgehoben, dass dieser Fall an und für sich nur eine Unterart der allgemeinen Annahme an Erfüllungsstatt durch irgend eine Leistung ist, sodass die Erledigung dieser Frage wie aller weiteren in den Hauptpunkten in gleicher Weise ausfallen muss, wie bei dem Hauptfalle. Zufolgedessen kann mancher Punkt unerörtert bleiben, falls er seine Begründung in der allgemeinen datio in solutum findet.

Bei der Beantwortung der soeben gestellten Frage gibt der Absatz 2 des § 364 BGB. insofern einen Anhaltspunkt, als er von einer „Uebernahme der Verbindlichkeit

---

Nr. 25; der Rückgriff steht daher im allgemeinen offen, ROHG. Bd. 23 Nr. 37.

1) cf. Rehbein, S. 293.

2) cf. Planck, § 364, 2, Oertmann, § 364, 2.

durch den Schuldner“ spricht. Sinngemäss weist dies darauf hin, dass der Schuldner eine bestimmte Verbindlichkeit erwählen muss, um dann dem Gläubiger zu versprechen, gemäss dieser neuen Schuld leisten zu wollen. Ein derartiges Anerbieten liegt auch in der Natur der Sache, denn in der Regel wird der Schuldner diesen Ausweg nur dann nehmen, wenn es ihm Schwierigkeiten bereitet, die alte Forderung so zu erfüllen, wie es ihr Inhalt verlangt. Die Pflicht zur Erfüllung befindet sich auf Seiten des Schuldners, daraus folgt, dass auch er verpflichtet ist, dem Gläubiger die neue Verbindlichkeit zum Zwecke seiner Befriedigung anzubieten. Hiermit ist nun das Rechtsgeschäft der datio in solutum noch keineswegs zustande gekommen, denn da nach der Begründung eines Schuldverhältnisses dem Schuldner die Möglichkeit genommen ist, einseitig den Inhalt der Leistung zu bestimmen, so kann das blosse Anbieten niemals die Erfüllung der alten Schuld herbeiführen. Der Gläubiger kann nur die in dem Vertrage festgesetzte Sache fordern, er hat auch nur das Recht auf diese bestimmte Leistung, und dieses Recht kann ihm nicht durch eine willkürliche Handlung des Schuldners genommen werden. Eine Aenderung in der Leistungsverpflichtung des Schuldners kann daher nur mit seiner Zustimmung erfolgen, sodass nur das Annehmen des Anerbietens des Schuldners seitens des Gläubigers das Versprechen zu einem den Gläubiger bindenden macht. M. a. W. nur der übereinstimmende Wille der beiden Parteien vermag das Rechtsgeschäft der datio in solutum zu erwirken. Damit ist die Vertragsnatur gegeben, ist doch ein Vertrag nichts anderes, als die Vereinigung zweier Willenserklärungen,[1]) oder nach der bekannten Definition v. Savignys die „Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch

1) cf. Windscheid, Pand. II, S. 222.

ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden“.[1]) Auch der Gedanke des § 305 BGB. hätte uns auf die Vertragsnatur der datio in solutum bringen müssen, da doch in diesem Paragraphen schon jede „Aenderung des Inhaltes“ eines Schuldverhältnisses an die Vertragsform gebunden ist, um wieviel mehr also hier, wo das ganze Schuldverhältnis durch „Abänderung“ ein anderes wird.[2])

An der Vertragsnatur der Annahme an Erfüllungsstatt, sei es durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit, sei es durch irgend eine andere Leistung, wird auch im bürgerlichen Rechte allseitig festgehalten;[3]) es fragt sich aber, welche Vertragsart vorliegt. Ueber diesen Punkt schreibt Stammler[4]) folgendes:

„In allen Fällen einer Leistung an Erfüllungsstatt handelt es sich um einen neuen, und zwar gegenseitigen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, der nach Art eines Kaufes zu behandeln ist; indem der Gläubiger die von dem Schuldner an Erfüllungsstatt angebotene Leistung gegen Aufgabe seiner Forderung erwirbt.“

Dieser Ansicht, dass ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, begegnet man auch bei anderen Juristen;[5]) sie

1) cf. Savigny, Obligationenrecht, 1853, S. 7.

2) Im röm. und gem. war die Natur des Rechtsgeschäfts der „Annahme an Zahlungsstatt“ auch streitig, man hat jedoch hier ebenso einen Vertrag anzunehmen, und zwar einen Realkontrakt: vgl. Römer, Leistung an Zahlungsst. S. 57. Abzulehnen ist die Ansicht, es handele sich um einen zweiseitigen obligatorischen Vertrag; cf. Römer a. a. O S. 4 ff. Cohn in Endemanns Handbuch S. 1079, Windscheid, § 342 N. 10 und 14 u. a.

3) cf. Planck, § 364, 1, Rehbein, S. 290

4) cf. Stammler, S. 229.

5) cf. Schollmeyer, Schuldverh. § 364, 1, Berndorff, Annahme, S. 8, Fehr, Ueber Hingabe an Erfüllungsstatt, S. 38, Koolwyk, Hingabe an Erfstatt, S. 7, Kohler, Lehrb. II, S. 190, Achilles, § 364, Müller-Meikel, S. 323.

ist aber nicht stichhaltig; denn der Begriff des „gegenseitigen“ Vertrages setzt voraus, dass jede Partei sowohl Schuldner als Gläubiger ist. Stellt man sich diese Frage, nämlich ob jede Partei bei dem vorliegenden Vertrage Schuldner wie Gläubiger ist, so kann die Antwort hierauf nicht zweifelhaft sein, denn der Gläubiger wird bei der Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit nicht zu einer Leistung verpflichtet, also nicht zum Schuldner, der bisherige Schuldner bleibt allein Schuldner. Dadurch, dass der Gläubiger gezwungen ist, seine Befriedigung gemäss dem Vertrage, also aus der neuen Schuld zu suchen, wird er aber nicht zum Schuldner. Allerdings übernimmt er auch eine Verpflichtung aus dem Vertrage, aber es ist keine Leistung im Sinne des § 241 BGB.

Gelangt man somit zu dem Ergebnis, dass ein einseitiger Vertrag vorliegt, so dürfte es doch noch angebracht sein, die Art des Vertrages näher zu spezialisieren.

Man hat für den allgemeinen Fall des § 364 Abs. 1 BGB. mit Rücksicht auf § 365 BGB. vielfach angenommen, es läge ein Kaufvertrag vor. Wenden sich hiergegen schon die Motive,[1]) so ist noch weiter zu bemerken, dass der Abschluss eines derartigen Vertrages, wie auf den ersten Blick erkennbar, von dem eines Kaufvertrages gänzlich verschieden ist. Für diese Verschiedenheit spricht schon der Umstand, dass aus einem Kaufvertrage beide Parteien zu einer Leistung verpflichtet werden, indem der Verkäufer die verkaufte Sache, der Käufer den Kaufpreis leisten muss, der Kaufvertrag ist demnach ein zweiseitiger Vertrag,[2]) was aber der vorliegende Vertrag des § 364 BGB., wie soeben festgestellt, nicht ist. Auch die Annahme eines Tauschvertrages ist

1) Vgl. Motive II, S. 83.

2) Vgl. Planck, § 433 und Bem.

aus demselben Grunde zurückzuweisen, weil er nach § 515 BGB. den Regeln über den Kaufvertrag folgt. Indem man dann hervorhob, dass nur von Seiten des Schuldners eine Leistung bewirkt wurde, und dass diese Leistung realer Natur, denn auch eine Forderung ist etwas Reales, musste man notwendigerweise auf die Natur des Realvertrages, soweit man von einem solchen bei Verträgen zum Zwecke der Schuldtilgung reden kann, kommen, und als solcher ist eben aus dem Grunde, dass eine reale Leistung stattfindet, der Vertrag im Sinne des § 364 BGB. auch aufzufassen.[1])

Für den Fall, dass die Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit geschah, nimmt nun Crome[2]) an, dass hier der „Charakter des Realgeschäftes verlassen" sei; man könne daher anstatt von einer datio in solutum nur von einer „promissio" in solutum reden. Ihm folgt Berndorff.[3]) Hiergegen ist zu sagen:

Die Annahme des Realvertrages beruht auf dem Gedanken, dass eine Leistung hingegeben werde, die durchaus etwas Reales darstellt. Vom Standpunkte des bürgerlichen Gesetzbuches stellt die Eingehung einer Verbindlichkeit eine Leistung dar, vgl. § 817 Satz 2 BGB. Das, was der Gläubiger vom Schuldner empfängt, ist keineswegs ein blosser Wortbegriff, sondern „etwas durchaus Reales",[4]) nämlich das Recht auf den in der neuen Schuld versprochenen Gegenstand, und wenn Crome[5])

1) cf. Planck, § 364, 1, Schollmeyer S. 281, Koolwyk, a. a. O. S. 16 ff. u. a.

2) cf. Crome, System. II S. 263.

3) cf. Berndorff, Annahme, S. 40.

4) Vgl. in ähnlichem Sinne Siber, Compensation und Aufrechnung, S. 135.

5) cf. Crome, System. II, S. 263, Anm. 13.

„die Hingabe eines Wertpapieres, in dem die neue Forderung verbrieft ist", als eine reelle Leistung bezeichnet, so darf man es m. E. auch in der hier besprochenen Art der Annahme an Erfüllungsstatt. Sie stellt sich demgemäss ebenso, wie in dem Falle, wo eine Sache selbst hingegeben wird, als ein einseitiger Realvertrag dar. Als Vertrag unterliegt die Vereinbarung dessen allgemeinen Erfordernissen, insbesondere ist volle Geschäftsfähigkeit beider Parteien erforderlich, denn dieses Rechtsgeschäft ist ein entgeltliches; der Gläubiger räumt ein ihm zustehendes Recht ein, er verliert seine bisherige Forderung, und um diese wird sein Vermögen vermindert;[1] er erhält allerdings sofort eine andere Zuwendung dafür, die ihm der Schuldner gewährt: eine tatsächliche Aenderung, die den Charakter der Unentgeltlichkeit nimmt, — dass der Schuldner eine Leistung hingiebt, ist zweifellos, — hat beiderseits stattgefunden.

Die Voraussetzungen für die datio in solutum, also auch für die durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit, bestimmt der Absatz 1 des § 364 BGB.:

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung annimmt."

Danach ist zunächst ein Schuldverhältnis, und zwar ein rechtlich wirksames und gültiges, erforderlich.[2] Auch eine Naturalobligation wird für das vorliegende Rechtsgeschäft hinreichend sein, denn sie ist „zahlbar" und „sicherbar", wenn auch nicht klagbar. Durch die Uebernahme der neuen Verbindlichkeit erhält dann der Gläubiger eine klagbare Forderung, weil die ursprüngliche Obligation auf die neue Schuld, mit der sie nicht in unmittelbarem Zusammenhange steht insofern, als sie nicht auf ihr beruht, ohne Einfluss ist. Eine Ausnahme bildet

1) cf. Fehr, über Hingabe a. Erf. S. 4.
2) cf. Cohn in Endemanns Handb. III S. 1077.

für das bürgerliche Gesetzbuch die natürliche Verbindlichkeit im Sinne der §§ 762, 764 und 656 BGB., indem hier eine besondere Vorschrift die Wirksamkeit verbietet.[1]) Ist das bisherige Schuldverhältnis nichtig, so kann naturgemäss ein Erlöschen nicht mehr eintreten; es fragt sich, ob die Uebernahme der neuen Verbindlichkeit trotzdem irgend welche Wirkungen hervorbringen kann. Hierüber handelt unten der § 6.

Was nun die neue Verbindlichkeit betrifft, insonderheit, wie sie beschaffen sein muss, ob kausal oder abstrakt, welche Abweichungen von der alten erforderlich sind, so scheinen diese Fragen zunächst nur von untergeordneter Bedeutung zu sein. Berndorff[2]) lässt es infolgedessen dahingestellt, welchen Charakter die neue Verbindlichkeit besitzen muss, indem er noch weiter ausführt, dass sie auch „in einer erheblichen Aenderung des alten Schuldverhältnisses bestehen kann, z. B. darin, dass eine Bedingung hinzugefügt, eine Befristung gestrichen, Verzinsung versprochen wird“.[3])

Diese Ansicht ist m. E. nicht zu verteidigen, denn sie widerstrebt dem ganzen Inhalte des § 364 Abs. 2 BGB., weil hier ausdrücklich hervorgehoben ist, dass der Schuldner eine „neue“ Verbindlichkeit übernimmt; eine erhebliche Aenderung, wie Berndorff annimmt, bewirkt jedoch nicht, dass eine wirklich neue Forderung entstent,[4]) sondern nur eine Erweiterung. Die alte Forderung bliebe dann im Grunde genommen dieselbe, nur dass der Schuldner sie nochmals mit geänderten Bestimmungen verspricht. An ein Erlöschen des alten

1) Vgl. hierüber unten § 7.

2) cf. Berndorff, Annahme S. 45.

3) cf. auch Endemann, § 142, 1, S. 636, insb. N. 11.

4) cf. Rehbein, S. 293: „die neue Verbindlichkeit darf nicht blosse Perpetuierung der alten sein.“

Schuldverhältnisses in dem Sinne, wie es die Vorschrift des § 364 BGB. im Auge hat, kann unter derartigen Umständen kaum gedacht werden. Nur eine im Inhalte von der Urforderung verschiedene „neue" Verbindlichkeit kann hier gemeint sein, zumal sie überhaupt unabhängig von der alten ist, und diese nicht die Grundlage der Existenz der neuen bildet.

Stösst schon diese Behauptung Berndorffs auf Schwierigkeiten, so noch mehr die, dass eine kausale Verbindlichkeit als die neue die Grundlage des hier behandelten Vertrages bilden könne. Man erwäge folgenden Fall: Aus einem Tauschvertrage schuldet die eine Partei einen bestimmten Gegenstand, wünscht ihn aber über den Fälligkeitstermin der Leistung hinaus noch einige Zeit zu behalten, obwohl eine dahingehende Vereinbarung weder aufgenommen, noch im Vertrage vorgesehen war. Die Partei macht der anderen einen diesbezüglichen Vorschlag, insbesondere dahin lautend, dass sie den Gegenstand nach den Regeln über die Miete behalten wolle, der Tauschvertrag hingegen als getilgt gelten solle. Möglich ist eine derartige Vereinbarung zweifellos, aber wenn die Parteien einen wirklichen Mietvertrag beabsichtigen, so kann er nicht unter die Bestimmung des § 364 BGB. fallen, denn durch die Annahme an Erfüllungsstatt wird der Gläubiger niemals zu einer Leistung verpflichtet werden können und auch nicht wollen; nach dem Mietververtrage würde er aber unbedingt für die Pflichten eines Vermieters aufzukommen haben, wie z. B. nach den §§ 536, 546, 547 BGB. Soll diese Vereinbarung hingegen als eine Leistung an Erfüllungsstatt, indem der Schuldner eine neue Verbindlichkeit übernimmt, gemeint sein, so lässt sie sich nur dahin deuten, dass der Schuldner anerkennt, dem Gläubiger den betreffenden Gegenstand zu schulden, und sich verpflichtet, ihn nach den Regeln des

Mietvertrages behandeln zu wollen, sodass er wohl die Pflichten, aber nur gewisse Rechte des Mieters hat, der Gläubiger dagegen die Rechte eines Vermieters in Anspruch nehmen darf, aber nicht die Pflichten zu übernehmen hat. Dieser Vertrag stellt dann zweifellos eine Verbindlichkeit im Sinne des § 364 Abs. 2 BGB. dar, der nur eine einseitige von Seiten des Schuldners fordern kann; sie ist aber nicht als eine kausale aufzufassen, sondern als eine abstrakte, indem es für die Abmachung gleichgültig ist, aus welchem Grunde die Leistung geschuldet wird, denn die Parteien wollen nur eine selbstständige Verpflichtung begründen, diese entspricht auch der Absicht des § 364 Abs. 2 BGB. So liegt es bei allen ähnlichen Verträgen.

Geht schon aus diesem Beispiele hervor, dass die neue Verbindlichkeit eine abstrakte ist, d. h., dass die Schuldverpflichtung von dem Bestimmungsgrunde — causa — losgelöst wird, sodass sie ohne Beziehung auf denselben geltend gemacht werden kann,[1]) — allerdings liegt einer abstrakten Forderung durchweg eine causa zu Grunde, wird doch niemand ohne Grund handeln; sie tritt nur nicht als solche hervor — so noch mehr aus dem Zwecke, dem die Uebernahme der Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt dient, nämlich der „Befriedigung des Gläubigers", also der Erfüllung der alten Schuld. Dieser Zweck bewegt den Schuldner zu seinem Handeln und gibt für ihn den Grund ab, weshalb eine andere causa für die neue Verbindlichkeit nicht nur überflüssig erscheint, sondern überflüssig sein muss, indem eine kausale Forderung den Zweck des Vertrages im hier besprochenen Sinne des § 364 Abs. 2 BGB. durchkreuzen und ihn hinfällig machen würde. Der Zweck der Erfüllung ist bestimmend für den ganzen Vertrag, nicht aber

1) cf. Dernburg, bürg. Recht II, S. 193.

für die Verbindlichkeit selbst, sodass diese eine abstrakte, d. h. selbständige ist; und an diesem Erfordernis für die neue Verbindlichkeit ist festzuhalten.[1])

Sind danach sämtliche abstrakten Verträge für die Vereinbarung im Sinne des § 364 Abs. 2 BGB. geeignet, so kommen doch für das heutige Recht insbesondere Wechsel, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis in Betracht. Bei diesen Erklärungen ist aber darauf zu achten, dass sie einer bestimmten Formvorschrift unterworfen sind, nämlich die zuletzt erwähnten der Schriftform nach den §§ 780, 781 (Ausnahme § 782) BGB., dass der Wechsel dagegen einer besonderen Form nach dem Art. 4 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung bedarf. Obwohl § 364 BGB. keine ausdrückliche Formvorscrift erwähnt, daher mündliche Vereinbarung an und für sich genügen müsste, so ergiebt sie sich doch von selbst aus dem Wesen der genannten Verbindlichkeiten, weshalb sie nicht ausser Acht gelassen werden darf. Sie entspricht auch sicherlich der Bedeutung der Vereinbarung, da die neue Verpflichtung ihre Wirksamkeit erhält, ohne dass der Gläubiger auf die getilgte Schuld zurückzugreifen braucht.

Obwohl, wie im vorigen nachgewiesen, das Rechtsgeschäft der datio in solutum durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit ein Vertrag ist, und daher auf ihn die allgemeinen Regeln über Verträge (§ 145 ff. BGB.

1) cf. Siber, Rechtszwang, S. 60, Kohler, Lehrb. II, S. 182: „Eine Umwandlung in der Art allerdings, dass an Stelle des materiellen Schuldverhältnisses ein abstraktes treten soll, wäre nicht eine Abänderung, sondern eine Begleichung des alten Schuldverhältnisses durch Begründung des neuen, also eine Leistung an Erfüllungsstatt kraft Erfüllungsvertrages; denn eine Abtrennung des Schuldverhältnisses von allen seinen Lebensbedingungen kann nur in der Art geschehen, dass man es ertötet und ein anderes an seine Stelle setzt.“

u. a.) Anwendung finden, so ist doch ein Punkt noch besonders hervorzuheben, nämlich die vollkommene Uebereinstimmung der Parteien über die Tragweite ihrer Vereinbarung insoweit, als sie sich auf die Tilgung des bestehenden Schuldverhältnisses beziehen soll. Denn wenn auch nur in der Bestimmung der neuen Verbindlichkeit fehlende Einzelheiten, falls sie nicht in ihrer Grundlage selbst ungenügend ist, ihr gültiges Entstehen nicht zu hindern vermögen, so muss die geringste Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Tilgung der Urforderung zu einem negativen Ergebnisse führen. Hier tritt nämlich die Vorschrift des § 364 Abs. 2 BGB. ein, indem bei einem Zweifel über die Tragweite der Abmachung die Vermutung dafür spricht, dass die neue Verbindlichkeit nur erfüllungshalber übernommen ist. Diese gesetzliche Bestimmung zwingt die Parteien, dafür zu sorgen, dass hinsichtlich dieses Punktes kein Zweifel aufkommen darf. Die Motive[1]) bestätigen dies mit folgender Ausführung:

„Die datio in solutum setzt immer Einverständnis der Parteien über die Annahme der anderen Leistung an Stelle der geschuldeten zwecks Tilgung der Obligation voraus.“[2])

Damit ist aber nicht gesagt, dass diese Feststellung ausdrücklich geschehen muss. Nach unserer heutigen Rechtsauffassung kann sich die Willenseinigung der Parteien ebenso wie aus Worten, so auch insbesondere aus konkludenten Handlungen, also auch stillschweigend ergeben.[3]) Doch darf man nicht in jedem Falle Still-

---

1) cf. Motive II, S. 82.

2) cf. Cohn in Endemanns Handbuch, III, S. 1078, Crome, Syst. II, S. 264, Rehbein, Anm. 27 zu § 364 BGB.

3) cf. Dernburg, bürg. Recht II, S. 267, Fehr, über Hingabe, S. 6, Cohn a. a. O., Rehbein, S. 290, Oertmann, § 364, 3.

schweigen des Gläubigers für ausreichend erachten; Vorsicht ist auch hier besonders geboten. Nur die deutlich und unzweifelhaft hervorgetretene Absicht der Parteien kann irgend welche Differenzen beseitigen. Hat z. B. der Gläubiger die angebotene Forderung angenommen und über die alte Schuld eine gültige Quittung ausgestellt, dann wird man aus diesem Verhalten der Parteien mit Fug und Recht schliessen dürfen, dass die neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt über- und angenommen worden ist;[1]) jedoch ist stets jeder konkrete Fall daraufhin einer besonderen Prüfung zu unterziehen.

Die Wirkungen, die die Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit hervorbringt, ergeben sich zum grossen Teile aus dem Zwecke, den dieser Vertrag verfolgt, nämlich der Befriedigung des Gläubigers. Danach muss also die bisherige Schuld erlöschen, indem dadurch zum Ausdruck gebracht wird, der Gläubiger habe aus der alten Forderung seine Befriedigung erhalten.[2]) Diesem Gedanken folgt auch das Gesetz im § 364 BGB. und sagt: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger . . . . annimmt.“ Das Erlöschen tritt ipso iure ein, d. h. in dem Augenblicke, wo der Gläubiger die Forderung mit der Absicht der Löschung annimmt, wo also die neue Verbindlichkeit in sein Vermögen übergeht; in diesem Augenblicke erlischt sie ohne sein weiteres Zutun von selbst, sodass es nicht erst eines besonderen Rechtsgeschäftes, wie z. B. eines Erlasses, bedarf. Die Schuld ist ebenso getilgt, wie wenn es sich um eine gewöhnliche Erfüllung, die durch Leistung

1) Ein Fall, der oft geschieht, um einem etwaigen Konkurse vorzubeugen.

2) cf. Schollmeyer, S. 181, Unger, Handeln auf eigne Gefahr, 1904, S. 127.

der geschuldeten Sache eintritt, handelt.[1]) Mit resp. durch die Annahme tritt diese Wirkung ein, woraus zu ersehen ist, dass es sich um einen einzigen Rechtsakt handelt.[2]) Es ist unrichtig, die rechtswirksame Entstehung der neuen Verbindlichkeit, denn diese tritt zweifellos erst mit der Annahme seitens des Gläubigers ein, von der Tilgung der alten Schuld zu trennen.[3]) Beide Momente gehören zusammen und vereinigen sich in der Annahme durch den Gläubiger. Da das bisherige Schuldverhältnis in eben derselben, vollkommenen Weise erlischt, wie durch einfache Erfüllung, so ergiebt sich daraus, dass mit der Schuld auch sämtliche Nebenrechte untergehen.[4]) Demgemäss erlischt das Pfandrecht, der Bürge wird frei; eine etwaige Vertragsstrafe fällt fort,[5]) denn die Annahme an Erfüllungsstatt gilt als gehörige Leistung, sodass der Schuldner auch nicht in Verzug gerät. Eine Draufgabe ist nach der Vorschrift des § 337 BGB. zu behandeln u. dgl. mehr.

Möglich ist allerdings die Verabredung der Parteien, dass gewisse Nebenrechte bestehen bleiben sollen. Dafür ist aber ein besonderer Vorbehalt nötig, sodass diese Vereinbarung nicht als direkte Fortsetzung gelten kann, sondern als Neubegründung angesehen werden muss; bei einer Bürgschaft z. B. ist auch die erneute und ausdrückliche Erklärung des Bürgen einzuholen.

---

1) Motive II, S. 82, vgl. auch § 362 BGB., in dem ebenfalls gesagt ist, „das Schuldverhältnis erlischt." Ein Vergleich muss ergeben, dass der Erfolg in beiden Fällen derselbe sein soll, vgl. v. Buchka, vgl. Darst. S. 75, Türcke, Niederführ und Winter, § 364, Abs. 2. 3, 4, Landsberg, das Recht des BGB. I, S. 358. Müller-Meikel, S. 324.

2) cf. Matthias, § 96 III.

3) cf. Welsch, S. 62, 63.

4) Vgl. unten § 9.

5) Vgl. §§ 339 ff. BGB.

Nach dem Eintritt aller dieser Wirkungen steht dem Gläubiger nicht mehr das Recht zu, auf die Urforderung zurückgreifen zu können; von nun richten sich die Beziehungen zwischen ihm und dem Schuldner nur nach dem neuen Schuldverhältnis. Ob der Gläubiger unter Umständen ein Anfechtungsrecht besitzt, oder einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder dgl. geltend machen kann, richtet sich ganz nach dem einzelnen konkreten Falle; von der Hand zu weisen ist eine derartige Möglichkeit keineswegs.[1])

§ 4. Verwandlung einer bestehenden Schuld in ein Darlehen. (§ 607 Abs. 2 BGB.).

Die Fragen, ob eine bestehende Schuld in eine Darlehensschuld umgewandelt werden kann, welche Wirkungen sich im Falle der Bejahung an diese Umgestaltung knüpfen, haben schon seit jeher Anlass zu Meinungsverschiedenheiten gegeben. Für die Praxis ist die Behandlung dieser Fragen von weitgehendster Bedeutung, denn eine derartige Vereinbarung lässt sich infolge ihrer grossen Vorteile nicht umgehen, weswegen sie auch täglich im Verkehrsleben vorkommt, da sie für die Parteien vielfache Vereinfachungen und Erleichterungen herbeibringt und klare und reine Verhältnisse schafft. An diesen Erwägungen konnte auch das praktische römische Recht nicht achtlos vorübergehen. So finden sich daher im corpus iuris civilis zwei Stellen, die allerdings zu ganz verschiedenen Resultaten führen. Die erste Stelle stammt von Africanus und lautet (l. 34, pr. D. 17, 1):

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud

1) cf. Staudinger, § 364, Abs. 2 unten § 6—8.

se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint, respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse.

Sie verneint also die Möglichkeit der Umwandlung. In der anderen Stelle, die einen Auszug von Ulpian wiedergibt, der ca. 100 Jahre später als Africanus lebte, ist das entgegengesetzte Resultat zu verzeichnen, nämlich (l. 15, D. 12, 1):

Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

Eine befriedigende Lösung der Streitfrage konnte auch diese Stelle, obwohl der Zeit nach Ulpian der jüngere Jurist war, nicht bringen. Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts bestand daher der Streit fort, wenngleich die herrschende Meinung [1]) entschieden für die Möglichkeit der Umwandlung, die doch dem praktischen Bedürfnisse entsprach, eintrat, zumal in einigen Gesetzeswerken die Anerkennung dieser Ansicht offen ausgesprochen war. [2]) Für das bürgerliche Gesetzbuch besitzt diese Streitfrage nunmehr keinen praktischen Wert, denn, wie schon die Motive [3]) bemerken, ist dieser Fall der Um-

1) cf. Windscheid, § 370, Anm. 11, Dernburg, Pand. § 86, Anm. 9, Salpius, S. 224 ff., Salkowsky, S. 60, Stölzel, Schulung für die ziv. Praxis I, S. 337 ff., Schey, Obligationsverhältnisse, S. 84 ff.

2) cf. z. B. § 1071 des Sächs. BGB.: „Ohne Uebergabe entsteht ein Darlehen, wenn die Vertragschliessenden dahin übereinkommen, dass der Erborger vertretbare Sachen, welche er dem Darleiher aus einem anderen Grunde schuldig ist, als Darlehen behalten soll."

3) cf. Motive II, S. 312.

wandlung ausdrücklich vorgesehen und zwar in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts und mit Rücksicht auf die praktische Notwendigkeit. Der Wortlaut dieser gesetzlichen Bestimmung im § 607 Abs. 2 BGB. ist folgender:

„Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen."

Wenn auch durch diese Vorschrift die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen geregelt und anerkannt ist, so gibt der Paragraph doch nicht darüber Aufschluss, welche rechtliche Bedeutung dieser Vereinbarung beizulegen ist. Man kann hierüber verschiedener Meinung sein, wie es auch schon im gemeinen Rechte der Fall war,[1]) trotzdem ist doch feststehend, dass § 607 Abs. 2 BGB. eine bestimmte, vom Gesetzgeber gewollte, rechtliche Konstruktion haben muss. Es ist darauf hingewiesen, dass die Auslegung des § 607 Abs. 2 BGB. in jedem einzelnen Falle von dem Willen der Parteien ausgehen müsse. Dieser Standpunkt ist durchaus zu billigen und ist auch im bürgerlichen Gesetzbuche voll zur Anerkennung gelangt, vgl. z. B. § 133 u. a., denn nur der Wille der Parteien ist es, der sie leitet und ihre rechtlichen Beziehungen zueinander ordnet. Gerade im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. ist der Absicht der Parteien das grösste Gewicht beizulegen, da mannigfache Möglich-

1) Wenn man auch hier im Anschluss an Bähr meist annahm, dass die fragliche Vereinbarung ein abstraktes Versprechen enthalte, so war doch auch die Ansicht vertreten, dass durch die Vereinbarung ein wirkliches Darlehen entstehe. Vgl. Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund, § 62 a., Windscheid, Pand. § 354, Anm. 2, Salpius, S. 329 ff., Salkowsky, S. 54 ff., Stölzel, Schulung I, S. 341, Klemperer in Gruchot, Bd. 43, S. 571, Martin, Verwandlung bestehender Schulden in Darlehensschulden, § 3.

keiten und Abmachungen verschiedene wichtige Folgen mit sich bringen können; man denke nur an Bestimmungen über Ort und Zeit der Rückzahlung, Zinsenlauf, Wirkung auf accessorische Rechte u. dgl. Dies kann uns aber nicht hindern, zu untersuchen, was § 607 Abs. 2 BGB eigentlich beabsichtigt, und welche Stellung er im Gesetze einnimmt, ist es doch auch oft nicht möglich, den Willen der Parteien stets einwandfrei feststellen zu können, sodass man in diesem Falle gezwungen wäre, auf die Bedeutung der gesetzlichen Bestimmung zurückgreifen zu müssen. Drei Möglichkeiten [1]) treten uns hier in der Hauptsache entgegen, die hier zu besprechen sind.

Die erste Möglichkeit rechnet damit, dass die Vereinbarung nicht den Zweck habe, ein wirkliches Darlehen zu beschaffen, sondern vielmehr, dass die Rückzahlung der bestehenden Schuld nach den Grundsätzen über ein Darlehen zu erfolgen habe, also insbesondere hinsichtlich der Kündigung. [2]) Nach dieser Meinung bleibt das bisherige Forderungsrecht bestehen, wie es gewesen ist. Es liegt nur eine scheinbare, keine wirkliche Umwandlung vor, sodass keine Darlehensschuld begründet ist, sondern die alte Schuld nur andere Zahlungsbedingungen erhalten hat, aber sonst dieselbe geblieben ist. Sämtliche Nebenrechte, wie Bürgschaft und Pfandrecht, müssen wirksam bleiben, denn es tritt keine Aufhebung der Forderung ein. Eine Kaufgeldschuld ist eine Kaufgeldschuld geblieben, sodass sich der Gläubiger nur auf diese berufen kann und im Falle der Klage von vornherein auch beweisen muss, dass diese Kaufgeldschuld besteht, es ist ihm verschlossen, aus einer Darlehensverpflichtung klagen zu können. „Der Abänderungsvertrag kann dann ledig-

---

1) cf. Martin, D. Verw. best. Schulden, Klemperer, a. a. O. S. 578, Matthias. Lehrb. S. 579, Oertmann, § 607 u. a.

2) cf. Eccius in Gruch. Bd. 47, S. 152.

lich nur im Sinne eines Beweismittels (aussergerichtlichen Geständnisses) benutzt werden.“ [1])

Eine derartige Bedeutung dem § 607 Abs. 2 BGB. zu unterstellen, heisst ihn verkennen, da bei dieser Absicht der Parteien eine Berufung auf diesen Paragraphen als unzulässig erscheinen muss, denn die gesetzliche Bestimmung geht dahin, dass sie verlangt, dass das bisher geschuldete Geld (oder andere vertretbare Sachen) von nun an als „Darlehen geschuldet werden“, also dass ein wirkliches Darlehen zwischen den Parteien bestehen solle. Wenn aber die Parteien, wie hier, kein Darlehen wollen, sondern nur Rückzahlungsbedingungen u. dgl. mehr nach „Darlehensgrundsätzen“ ausmachen, und diese Regelung im § 607 Abs. 2 BGB. suchen, dann ist dieser Paragraph überflüssig, da er ein wirkliches Darlehen schafft, die Vereinbarung der Parteien aber mit dem wirklichen Begriff des Darlehens nichts zu tun hat, indem einmal keine Umwandlung erfolgt, und vor allem andere gesetzliche Vorschriften (wie z. B. § 305 BGB.) vollkommen zur Abänderung gewisser Bestimmungen ausreichend sind. Würde bei obiger Auslegung der Gläubiger aus der Darlehensschuld klagen, so müsste die Klage abgewiesen werden, wenn der Schuldner einwendet, ein Darlehen sei gar nicht vorhanden, weil er nichts als Darlehen empfangen habe. Dieser Gefahr soll jedoch, wie auch schon die Motive [2]) hervorheben, durch die Vorschrift des § 607 Abs. 2 BGB. vorgebeugt werden. [3]) Eine Auslegung, wie hier geschildert, erreicht gerade das Gegenteil dessen, was bezweckt wird, da durch sie die Möglichkeit einer Umwandlung überhaupt geleugnet wird.

Die zweite Auffassung geht davon aus, dass die alte

---

1) cf. Oertmann, § 607 N. 2b, α.
2) cf. Motive II, S. 312.
3) cf. hierzu Martin, a. a. O. S. 59, 60.

Verbindlichkeit aufgehoben wird und an deren Stelle eine neue tritt, die einen durchaus selbständigen, abstrakten Charakter an sich trägt.[1]) Hier tritt schon die Umwandlungsabsicht hervor, doch ist zunächst noch zu unterscheiden, ob sie als Novation aufzufassen ist, oder ob sich die neue Schuld in ihrer Umwandlung streng accessorisch an die alte anschliesst; m. a. W.: „es fragt sich, ob der Umwandlungsvertrag lediglich novatorisch wirkt, d. h. das alte kausale Schuldverhältnis in ein neues abstraktes umwandelt, oder ob der alte Schuldgrund positiv in den neuen Schuldgrund des Darlehens umgewandelt, eine kausale Darlehensobligation begründet wird.“[2])

Dernburg hält den § 607 Abs. 2 BGB. für den reinsten Fall der Novation.[3]) Ihm haben sich unzweideutig Endemann[4]) und Crome[5]) angeschlossen. Für die zweite Auffassung, dass eine kausale Darlehensobligation begründet wird, hat sich unter andern[6]) insbesondere Planck[7]) folgendermassen ausgesprochen:

„Die Regel dürfte bilden, dass die Umwandlungen gleichzeitig eine Feststellung und Anerkennung der Schuld einschliessen soll; dass die Parteien ausdrücklich eine Anerkennung ausgesprochen haben, ist nicht erforderlich.“ Trifft diese Tatsache zu, und das ist, wie Planck hervorhebt, die Regel, „dann ist, so fährt er fort, für die Anerkenntniserklärung nach § 781 BGB. schriftliche Form erforderlich.“

---

1) Hierin lag die Ansicht der herrschenden Meinung im gem. Rechte, wie oben S. 27 erw.

2 cf. Oertmann, § 607, II.

3) cf. Dernburg, bürg. Recht II, S. 271, § 234, 4.

4) cf. Endemann, Lehrb. S. 835, Anm. 6.

5) cf. Crome, System II, S. 600.

6) cf. Kohler. Lehrbuch, Rümelin, Arch. f. d. ziv. Praxis, 97, S. 258, 310.

7) cf. Planck, § 607, Abs. 2, a.

Kommt auch dieser Fall der Auslegung dem wahren Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. näher, indem zugegeben wird, dass eine Umwandlung stattfindet, also eine materielle Darlehensverpflichtung geschaffen wird, und nicht die alte Schuld bestehen bleibt, sondern aufgelöst wird, so ist doch damit der richtige Begriff noch nicht gefunden. Der Fehler, der auch diesem Erklärungsversuche anhaftet, liegt darin, dass nur von dem Willen der Parteien ohne Rücksichtnahme auf das Gesetz ausgegangen wird. Man geht gleichsam von einem konkreten Falle aus, bei dem ein Anerkenntnis resp. eine Novationsabsicht ausgesprochen wird, denn dies ist Voraussetzung, um diese zweite Auffassung zur rechtswirksamen Geltung zu bringen. Liegt eine derartige Erklärung seitens der Parteien vor, dann ist diese Auslegung angebracht; wie aber, wenn sie nicht vorliegt, die Parteien jedoch ohne Anerkenntnis ein wirkliches Darlehen gewollt haben? Es leuchtet ein, dass mit dieser Ansicht hier nicht weiter zu kommen ist und mit ihr für die wahre Bedeutung des § 607 Abs. 2 BGB. so gut wie nichts geholfen ist.

Noch andere Gründe sprechen gegen diese Auffassung. Es muss gegen den Zweck des § 607 Abs. 2 BGB. verstossen, anzunehmen, dass in dem Verwandlungsvertrage gemäss diesem Paragraphen die Begründung einer abstrakten Schuld läge. Für diese Gestaltung sind andere Regeln gegeben, und man wird dann den § 364 Abs. 2 BGB. anzuwenden haben, denn diese Bestimmung ist dazu angetan, eine abstrakte neue Verbindlichkeit hervorzubringen, ohne sich für eine bestimmte Form zu entscheiden, wenn auch die Schriftform, wie nachgewiesen, überwiegen wird, — ein Umstand, der hierbei wohl zu berücksichtigen ist. Im § 607 Abs. 2 BGB. ist aber davon auszugehen, dass die Vereinbarung, die er voraussetzt, durchaus keiner Form bedarf, denn es handelt

sich hier, ebenso wie im ersten Absatze dieses Paragraphen, um die Schaffung einer Darlehensverpflichtung, die bekanntlich keiner Form bedarf, nur müssen Geld oder andere vertretbare Sachen hingegeben werden. Im Absatz 2 ist nun von einer solchen effektiven Hingabe eben in Anerkennung der Wichtigkeit der Bestimmung abgesehen, eine Formvorschrift ist hierbei nicht gegeben worden. Verlangt man sie jedoch, dann ist nicht einzusehen, inwiefern § 607 Abs. 2 BGB. eine Besonderheit und notwendige Vorschrift enthält; auch wäre es fraglich, welchen Zweck er verfolgt. Etwa nur die Wiederholung des § 364 Abs. 2 BGB.? Oder sollte es eine für sich unanwendbare Bestimmung sein, indem eine blosse mündliche Vereinbarung in seinem Sinne unweigerlich Ungültigkeit nach sich ziehen würde, da eine Form, die er überhaupt nicht vorschreibt, die man nur aus seiner vermeintlichen, gar nicht bestehenden Absicht ziehen will, für ihn notwendig sei? Man muss zu dem Ergebnis gelangen, dass § 607 Abs. 2 BGB. überflüssig sei, da er in diesem Falle durch andere Gesetzesbestimmungen vollkommen ersetzt würde. Fragt man sich, ob dieses Resultat befriedigend ist und den wahren Gedanken des § 607 Abs. 2 BGB. erfasst, so muss diese Frage, schon wenn man sie stellt, verneint werden.

Diejenigen, die diese hier besprochene Auffassung vertreten, haben ganz übersehen, dass § 607 Abs. 2 BGB. ausdrücklich vorschreibt, dass „das bisher geschuldete Geld“ (resp. die vertretbaren Sachen) fernerhin als „Darlehen“ geschuldet werden soll, ohne irgendwie zu erwähnen, dass noch ein Anerkenntnis erforderlich oder gar dieses Anerkenntnis als selbständige Schuld im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. zu betrachten sei. Auch das Erfordernis der Abstraktheit der neuen Schuld ist irreführend und dem Begriffe der Darlehensschuld wide-

sprechend, da diese an und für sich keineswegs eine abstrakte ist. In diesem Paragraphen eine Novation zu erblicken, scheint mir ebenso unrichtig zu sein,[1]) denn für den Begriff der Novation ist die abstrakte Natur der neuen Obligation selbst für das heutige Recht noch erforderlich. Eine Darlehensschuld ist aber, wie soeben erwähnt, keine abstrakte Verbindlichkeit, denn sie beruht nicht auf sich selbst, sondern auf der Tatsache der Hingabe, indem diese den Grund für die Verpflichtung des Darlehensschuldners abgibt. Bei der Novation wird die neue Obligation geschaffen, um die alte aufzuheben, im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. ist der Vorgang anders zu erklären, indem erst die Aufhebung der alten Schuld die Darlehensverpflichtung zustande bringt. Daher kann dem Umwandlungsvertrage keine novatorische Wirkung beigelegt werden.[2])

Die letzte Möglichkeit der Bedeutung des § 607 Abs. 2 BGB. hebt hervor, dass durch die Vereinbarung ein wirkliches, materielles Darlehen geschaffen wird, was auch dem Wortlaut entnommen werden muss, indem eine gleiche Verpflichtung wie im Absatz 1. gemeint ist, ohne dass ein positives Anerkenntnis der Schuld getroffen werden muss. Liegt diese Absicht dem zweiten Absatze zu Grunde, so muss das dadurch geschaffene Darlehen dieselbe rechtliche Natur aufweisen, wie die Darlehensverpflichtung des ersten Absatzes. Es ist deshalb notwendig, von der Natur des Darlehensvertrages im bürgerlichen

---

1) cf. Oertmann, § 607 Abs. 2, der diese Ansicht Dernburgs nur mit einem Ausrufungszeichen anführt.

2) cf. Fischer-Henle, § 607, Anm. 7, Oertmann, § 607, 2b, β, auch Schey, Obligationsverh. S. 86, der darauf hinweist, dass im Falle der „Novation, der Anerkennung und der blossen Kreditverlängerung", letztere ähnlich der auf Seite 29—30 besprochenen Ansicht, kein Darlehen entsteht, mag auch der Parteiwille den Ausdruck der Ausstellung eines Darlehensschuldscheines wählen".

Gesetzbuche auszugehen, um dann zu untersuchen, ob der Vertrag im Sinne des zweiten Absatzes denselben rechtlichen Charakter zeigt. Dass übrigens die Vereinbarung gemäss dem zweiten Absatze, wie überhaupt die Begründung eines Darlehens nur auf vertraglichem Wege erreicht werden kann,[1]) ergiebt sich daraus, dass die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien die Voraussetzung ist; auch liesse es § 305 BGB. durchblicken.

Der Begriff des Darlehensvertrages wird vom bürgerlichen Gesetzbuche als bekannt angesehen, fehlt es doch an einer Bestimmung hierüber; über die Natur herrscht jedoch Streit. Mit der herrschenden Meinung ist anzunehmen, dass er ein Realkontrakt ist, denn das Hauptmoment dieses Vertrages liegt eben darin, dass der Schuldner eine res, nämlich Geld oder andere vertretbare Sachen empfängt. Ein Realvertrag setzt nun eine Leistung des einen Teils voraus, um eine klagbare Leistungspflicht des anderen Teiles zu erlangen, ohne dass es einer Wort- oder Schriftform bedarf; nur die Hingabe lässt den Vertrag entstehen, vorausgesetzt, dass die Parteien sich über den Zweck der Uebergabe einig sind. Ob Nebenabreden getroffen sind oder nicht, ist gleichgültig; auf keinen Fall kann durch derartige Nebenbestimmungen die Hingabe ersetzt werden und demnach die Natur des Realvertrages verloren gehen. Dieser Art ist auch der Darlehensvertrag des bürgerlichen Gesetzbuches, denn er setzt nach § 607 Abs. 1 BGB. voraus, dass der Schuldner Geld oder andere vertretbare Sachen empfangen hat. Nur der Empfang begründet das Darlehen und verpflichtet zur Rückgabe; damit ist die Natur des Darlehensvertrages im bürgerlichen Gesetzbuch als Realkontrakt gegeben.[2])

1) cf. E. R. Bd. 52, S. 303.

2) So Oertmann, S. 577, Crome, Syst. II § 247 N. 2b, Cosack,

Wenn nun durch die Vereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. ein materielles Darlehen zustande kommt, so muss dieses dieselben Rechtswirkungen und Erscheinungen aufweisen, wie das Darlehen im Falle des ersten Absatzes, insbesondere muss auch dieses Darlehen die Natur des Realkontraktes zeigen. Es fragt dich daher, ob etwas hingegeben oder empfangen wird, oder ob eine direkte Hingabe vielleicht als überflüssig erscheinen kann, ohne dass die Natur des Realkontraktes beeinträchtigt wird.

Welsch[1]) bemerkt zu diesem Punkte: „Die tatsächliche Leistung ist hier die Hingabe des schuldtilgenden Erlasses, der eben keiner Form bedarf und ein Darlehen, welches durch formlosen Schulderlass zustande kommt, ist demzufolge nicht Konsensual-, sondern Realkontrakt, eine Auffassung, welche für das moderne Recht ihre Stütze findet in der positiven Bestimmung des § 812 Abs. 2 BGB., wonach der nicht eine Vermögensänderung, sondern nur eine Klarstellung der Vermögenslage bringende negative Anerkennungsvertrag als Leistung gilt."

Oertmann[2]) meint, dass „der Akt der Hingabe der Valuta in der Tat, wie schon früher öfters vorgeschlagen, aus einer fingierten duplex numeratio zu erklären sei", während Klemperer[3]) annimmt, dass „die Berichtigung

---

Lehrb. § 142, III, Fischer-Henle, § 607 Anm. 3, Dernburg, bürg. R. § 234 I, Staudinger, Vorbem. 2 zu § 607, Eck-Leonhard, Vortr. S. 506, Endemann, § 184, Enneccerus-Lehmann S. 662, Schollmeyer, Schuldv. S. 88, Schey, Obligv. S. 36, Klemperer, a. a. O. S. 576, Manigk, das Anwendungsgebiet, S. 194, v. Buchka S. 112, Leske S. 250, Türcke, Niederführ. u. Winter zu § 607 N. 2, auch Stölzel, Schulung I S. 337. — a. M. Kohler, Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 211.

1) cf. Welsch, die Novation, S. 57.

2) cf. Oertmann, § 607 Abs. 2 Anm. 2b, auch Schollmeyer, § 422 Z. 2 a. E., Kuhlenbeck, Der Check, S. 215, wohl auch Crome, Syst. II, § 188 N. 30.

3) cf. Klemperer a. a. O. S. 578.

der Valuta auch durch die Aufrechnung mit einer schon bestehenden Schuld soll erfolgen können", wobei die „res mit möglichster Freiheit zu behandeln ist".

Diese beiden letzteren Erklärungen, die zweifellos mit Recht auf dem Boden des Realkontraktes stehen, scheinen mir jedoch nicht ganz zutreffend zu sein, zumal sie sich an einen ganz bestimmten Rechtsbegriff anzulehnen versuchen und daher etwas Gezwungenes an sich haben. Gerade anzunehmen, dass der Vertrag im Wege der Aufrechnung erfolge, scheint mir durchaus ein Notbehelf zu sein, denn an eine derartige Konstruktion werden die Parteien kaum jemals denken. Auch setzt die Aufrechnung stets das Bestehen zweier Forderungen sowie des einen wie des anderen Teiles voraus (vgl. § 387 BGB.), sodass für den Umwandlungsvertrag der Schuld in ein Darlehen immerhin mindestens noch eine, wenn nicht gar zwei Forderungen hinzugedacht werden müssten, um aufrechnen zu können, wenn sie auch auf vertragsmässige Weise erfolgt. Damit entsteht aber eine Fiktion, die wir heutzutage nicht nur vermeiden sollen, sondern auch vermeiden können, denn die Fiktion findet ihre Anwendung nur in einem wenig ausgebildeten Rechtsinstitute. Sobald aber im Laufe der Entwicklung eine höhere Rechtsstufe erreicht ist, was doch heute zweifellos der Fall ist, verschwindet jegliche Fiktion. Aus diesem Grunde möchte ich beide Erklärungen ablehnen.[1])

Aber auch die Ansicht Welschs dürfte nicht genau das Richtige treffen, resp. nicht ganz vollständig sein. Es muss zugegeben werden, dass ein Erlass eine positive Leistung darstellt, indem der Gläubiger tatsächlich über ein ihm zustehendes Vermögensrecht verfügt,[2]) sodass, wenn schon die Anerkennung des Nichtbestehens

1) cf. Rümelin, Arch. f. d. ziv. Praxis, B. 97 S. 256.

2) cf. Planck, § 397 Anm. 5.

eines Schuldverhältnisses als Leistung gilt (§ 812 Abs. 2 BGB.), doch vielmehr der Erlass nach § 397 BGB.,[1]) ein Ergebnis, auf das schon Siber[2]) hinwies, indem er zeigte, dass in dem Erlasse etwas durchaus Reales liegt. Wollte man die Ausführung von Welsch weiter verfolgen, so muss man sagen, dass der Erlass der Urforderung dem Schuldner hingegeben wird, um auf diese Weise den Akt der Hingabe resp. des Empfangs hervorzuheben. Man wird mir zugeben müssen, dass „diese Hingabe des schuldtilgenden Erlasses" nicht sehr anschaulich ist, da hierbei stets die Vorstellung von einer wirklichen Hingabe hervortritt, und dass es daher besser ist, den Ausdruck in diesem Falle zu vermeiden. Auch enthält der Begriff der Hingabe des Erlasses nicht den ganzen Inhalt des Vertrages, um das Darlehen wirksam entstehen zu lassen, da nämlich der Erlass nur ein Teil der Abmachung der Parteien ist. Es fragt sich auch, ob es überhaupt nötig ist, stets eine effektive Hingabe zur Entstehung eines Darlehens zu verlangen. Diese Frage muss verneint werden, denn es kommen oft Fälle vor, in denen keine tatsächliche Hingabe der bestimmten Sache erfolgt, sondern z. B. nur eine Umschreibung stattfindet,[3]) der allerdings eine res zu Grunde liegt; das Darlehen kommt hierbei unzweifelhaft zustande. Warum sollte es nicht möglich sein, dass eine Vereinbarung, eine Einigung, unter den Parteien ein wirkliches Darlehen bewirken kann? Allerdings muss eine Partei, nämlich der zukünftige Darlehensschuldner, Geld oder andere vertretbare Sachen in ihrem Besitze haben, bezw. in ihrem Besitze gehabt haben, d. h. es muss einen Augenblick gegeben haben, in dem

1) cf. Rehbein, § 397 Anm. 5, Fischer-Henle, § 397 Anm. 6.

2) cf. Siber, Kompensation und Aufrechnung 1899 S. 135.

3) cf. Fischer-Henle, § 607 Anm. 2, Protok. z. II. Entwurf, S. 1690, Müller-Meikel S. 492.

der Schuldner über die betr. Fungibilien eine tatsächliche Verfügungsgewalt gehabt hat, sei es auch vor dem Zeitpunkte, von dem an er in Beziehungen zu dem Gläubiger getreten ist. Diese Voraussetzung muss unbedingt vorhanden sein, denn hierauf beruht der Grund der Vereinbarung, was auch im § 607 Abs. 2 BGB. zum Ausdruck gekommen ist, weil gesagt wird, dass jemand Fungibilien „schulden" muss. In dieser Voraussetzung liegt auch zum Teil das reale Moment, da dieses „Schuldenmüssen" die Pflicht zur Rückerstattung hervorruft. Zu dieser einen Voraussetzung kommt die Einigung der Parteien, in der der Erlass der Urforderung als der bisher bestehenden Schuld enthalten und auch von grosser Bedeutung ist; insofern findet auch eine Leistung statt. Denn wie oben nachgewiesen, stellt der Erlass selbst eine Leistung dar, nicht allein seine Hingabe. Hiermit steht dann aber auch die Natur des Realkontraktes fest, denn der Begriff des Realgeschäftes ist nicht stets in der engen Abgrenzung der Hingabe zu finden, sodass also nur eine „Handlung" ihn hervorbringen kann, sondern die blosse Einigung der Parteien, die sich durch den in ihr liegenden Erlass als eine Leistung darstellt, muss ausreichen.[1]) Notwendig ist jedoch, speziell für den hier vorliegenden Vertrag, dass eine „res" die Grundlage und die Veranlassung zu dieser „Leistung" gibt, hier also der Umstand, dass der Darlehensschuldner die Fungibilien schon in seinem Besitze hat,[2]) denn hierauf baut sich die für den Begriff des Darlehens erforderliche Rückgabepflicht auf. Fehlte diese Tatsache, dann kann auch kein Darlehen entstehen, weil damit die Leistung keine gültige sein kann; der Darlehensnehmer besitzt nichts, auf Grund dessen er zur Rückgabe verpflichtet wäre. Die beiden

1) cf. Manigk, a. a. O. S. 194.
2) cf. Crome, System II, S. 600.

Voraussetzungen, die Einigung, die eine Verfügung also Leistung enthält, und die Tatsache des Besitzes der res auf Seiten des Schuldners bedingen als etwas Reales den Charakter des Realkontraktes für das Rechtsgeschäft im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB.

Obwohl beide Darlehensverträge demnach dieselbe Vertragsnatur besitzen, nämlich die des Realkontraktes,[1]) und damit die wichtigste Frage, ob § 607 II eine wirkliche Darlehensbegründung schaffen kann und will, erledigt ist, so ist doch noch ein Unterschied vorhanden, bei dem zu untersuchen ist, ob dieser auch nicht dem Begriff des Darlehensvertrages entgegensteht.

Dieser Unterschied besteht darin, dass der Darlehensschuldner vom Darlehensgläubiger kein Geld oder andere vertretbare Sachen empfängt, sondern dass er dieselben schon im Besitze hat. Diese Abweichung liegt in der Natur der Sache und kann nicht als Gegenbeweis benutzt werden, denn die Vereinbarung des § 607 Abs. 2 BGB. soll gerade zeigen, dass die eigentliche Hingabe im Sinne des ersten Absatzes als überflüssig erscheinen muss, falls die Parteien einen den Vorschriften des zweiten Absatzes entsprechenden Vertrag schliessen. Abweichungen auf dem Gebiete des Darlehensvertrages gibt es viele, ohne dass sie den Charakter des materiellen Darlehens beeinflussen, man vergleiche nur den unter dem Namen contractus mohatrae[2]) bekannten Vertrag. Nach diesem war es möglich, dass dem Darlehensschuldner sogar unvertretbare Sachen zum Schätzungswerte übergeben wurden,[3]) um den Erlös als Darlehen zu behalten.

---

1) so auch die herrschende Meinung, vgl. ausser den schon Angeführten Siber, Rechtszwang S. 60, Schey, Obligationsverh. S. 85.

2) cf. Dernburg, Pand. II § 86, Windscheid, Pand. § 370 Anm. 10.

3) cf. Dernburg, bürg. Recht, § 234 V. Crome, System II S. 600.

Hier ist der Grundsatz der Darlehensverpflichtung, dass Sachen derselben Art, Güte und Menge zurückerstattet werden müssen, überschritten, trotzdem jedoch ein gültiges Darlehen vorhanden. Wenngleich dieser Punkt mit dem vorliegenden Falle des § 607 II in keiner unmittelbaren Beziehung steht, so sollte er nur zur Beweisführung darüber dienen, dass Abweichungen im Bereiche des Darlehens sehr häufig sind.

Desgleichen ist es von keiner Bedeutung, wenn der Darlehensnehmer die betreffenden Fungibilien nicht nur im Besitze, sondern schon in seinem Eigentume hat, denn auch diese Möglichkeit ist durch den zweiten Absatz gedeckt und steht dem Begriffe des Darlehens nicht entgegen. Aus alledem ist zu schliessen, dass eine blosse Vereinbarung ohne besonderes Anerkenntnis der Schuld nach der Bestimmung des § 607 Abs. 2 BGB. ein wirkliches Darlehen gleich dem des ersten Absatzes schafft.[1] [2])

Hat die Vereinbarung der Parteien ihre Wirksamkeit

---

1) Auf dem Standpunkte des wirklichen Darlehens stehen, wenngleich viele die Form des Anerkenntnisses wählen, die meisten Juristen. Auch das Reichsgericht hat dieses Ergebnis in mehreren Entscheidungen ausgesprochen. Vgl. E. R. Bd. 57, S. 322, Bd. 62, S. 51, 52. Vgl. noch Eck-Leonhard, Vortr. S. 507, Endemann, S. 835, Matthias, S. 579, Engelmann, S. 265, Oertmann, § 607, II, Enneccerus-Lehmann, § 218. Neumann, Handausgabe, § 607, II, Dernburg, bürg. R. § 234, Rümelin, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 97, S. 258, 310, Stölzel, Schulung I, S. 340, Leske, S. 2 1, Landsberg I, S. 502, Müller-Meikel, S. 492, Seuffert, Archiv, Bd. 22, Nr. 36, Bd. 23, Nr. 118, Bd. 24, Nr. 113, Bd. 31, Nr. 183, Kuhlenbeck, v. d. Pand. I, S. 215, meint, dass ein „fiktives" Darlehen vorläge; dem ist aber nicht so, denn ein fiktives ist das Darlehen keinenfalls; andererseits wäre es doch zum mindesten fraglich, ob der Schuldner zur Rückzahlung verpflichtet ist, falls das Darlehen nur ein fiktives sein soll, cf. E. R. 10, S. 396.

2) Mit diesem Ergebnis fällt auch die von Crome in Syst. II, S. 272 verteidigte Ansicht, dass kein Darlehen entstehen könne, weil keine effektive Leistung vorläge.

erhalten, dann unterliegt das nun geschaffene Darlehen naturgemäss den allgemeinen Regeln über das Darlehen, wie sie im bürgerlichen Rechte enthalten sind; es dürfte überflüssig sein, hierauf einzugehen.[1]) Uns bleibt aber noch die Erörterung über die Art und Weise, wie der Vertrag zustande kommt, wie er zusammengesetzt ist u. dgl. mehr.

Es wird oft behauptet, dass dieser Vertrag aus zwei Verträgen besteht, nämlich der blossen Schuldumwandlung und der Begründung des materiellen Darlehens. Mag auch diese Annahme möglich und nicht unrichtig sein, so scheint sie mir doch dem wahren Wesen der Vereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. nicht zu entsprechen, weil dadurch eine Auseinanderzerrung des ganzen Rechtsgeschäftes hervorgerufen wird. M. E. handelt es sich hier um einen einheitlichen Rechtsvorgang, der

---

1) Von besonderer Bedeutung ist hier nur die Frage nach der Verjährung. Letztere kann sich nur nach dem Darlehen richten, sodass also die 30jährige Verjährungsfrist begründet ist. Diese Entscheidung beruht auf § 208 BGB., indem nämlich durch den Umwandlungsvertrag die Verjährung aus dem alten Schuldverhältnis unterbrochen wird. Allerdings liegt in der vorliegenden Vereinbarung keine Anerkennung im Sinne des § 781 BGB.; aber eine Anerkennung liegt insofern vor, als der Schuldner durch seine Handlungsweise zu erkennen gibt, dass er sich bewusst ist, dass seine Schuld fortbesteht. Eine derartige Erklärung ist ausreichend zur Anwendung des § 208 BGB. Vgl. Planck, § 208, 2, Fischer-Henle, § 208, Anm. 2. Ob dies im Wege eines empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts zu erfolgen hat, wie z. B. Endemann I, § 93, annimmt, oder nicht, ist für uns ohne Bedeutung, da bei der Vereinbarung nach § 607, Abs. 2 BGB., die ja sogar auf vertraglichem Wege geschieht, klar zu Tage tritt, dass der Schuldner seine Schuld wirklich anerkennt. Demgemäss wird die Verjährung mit dem Vertrage unterbrochen, sie beginnt aber sofort wieder mit ihm; allerdings kann sie sich jetzt nur nach dem Darlehen richten, da die frühere Schuld durch den Erlass getilgt ist, cf. Martin, S. 66, 67, Fischer-Henle, § 607, Anm. 7, Planck, § 607, 7, Stölzel, Schulung I, S. 341.

in einem Vertrage existent wird. Hierin liegen allerdings zwei Bestandteile, nämlich ein Erlass und eine Begründung, aber diese beiden Bestandteile sind so eng miteinander verbunden, dass eine Trennung schlechterdings unmöglich ist. Ein Teil für sich kann nicht die gewollte Wirkung hervorbringen, kein Teil kann daher für sich bestehen, ein wichtiger Unterschied von der Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit. Eine Trennung ist schon deshalb nicht angängig, weil beide Bestandteile in der Einigung der Parteien über die Tragweite ihrer Abmachung ihren Ausdruck finden, wobei weder zwei einzelne Verträge geschlossen werden, noch an das Bestehen zweier gedacht wird, weil eben die Vereinbarung, wenn sie im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. geschlossen ist, beide Wirkungen zugleich in sich schliesst.[1])

Der hauptsächlichste und wichtigste Punkt in diesem Vertrage bildet zweifellos der Erlass, da erst durch ihn die Begründung des Darlehens möglich ist. Dies gibt auch den Ausschlag für die Beantwortung der Frage, ob die Vereinbarung formlos oder einer bestimmten Form unterworfen ist. § 607 Abs. 2 BGB. erwähnt keine Formvorschrift. Hieraus ist zu schliessen, dass ein mündliches Abkommen genügend ist,[2]) denn das bürgerliche Gesetzbuch hebt, wenn es eine Form verlangt, dies besonders hervor. In der Formlosigkeit liegt hier auch nichts besonderes, da eben der Erlass, der im vorliegenden Vertrage den Hauptbestandteil bildet, nach § 397 BGB. formlos ist. Sie entspricht auch der Bedeutung des Vertrages, indem durch ihn keine ganz neue Schuld, wie im Falle des § 364 Abs. 2 BGB., geschaffen wird, sondern das bisher Geschuldete wird weiter geschuldet, wenn auch

1) cf. Rümelin a. a. O. S. 257.

2) cf. Siber, Rechtszwang, S. 60, Oertmann, § 607, Abs. 2.

in einer anderen Verbindlichkeit. Obwohl kein eigentliches Anerkenntnis stattfindet, so ist es doch möglich, zur Begründung dieser Formlosigkeit als Vergleich die Bestimmung des § 782 BGB. heranzuziehen, denn auch hier ist das bisher Geschuldete vorhanden und bleibt auch dasselbe. Die Formlosigkeit findet ihre Erklärung noch darin, dass die Darlehensvereinbarung als Realkontrakt an keine besondere Form gebunden sein soll.

Um die Wirkungen des Vertrages zur rechtlichen und vollen Geltung zu bringen, ist Voraussetzung, dass die Schuld besteht und vorhanden ist, denn auf der Schuld beruht das Zustandekommen des Vertrages, wie die Darlehensschuld. Allerdings ist die Darlehensverbindlichkeit keine Fortsetzung der bisherigen Verbindlichkeit, diese ist durch den Erlass vollkommen getilgt worden, aber das Geschuldete setzt sich in neuer Form, in einem neuen Schuldverhältnisse fort, sodass, wenn auch, wie im Falle des § 364 Abs. 2, ein neues Schuldverhältnis als solches geschaffen ist, doch der materielle Inhalt der Schuld, also das Geschuldete, dasselbe bleibt und übergeht. Hieraus ergeben sich wesentliche Unterschiede, die später hervorgehoben werden. Sie liegen auch in dem Zwecke, dem die §§ 607 Abs. 2 und 364 Abs. 2 BGB. dienen, denn der Zweck im § 364 Abs. 2 ist auf die Befriedigung des Gläubigers, also auf das „solvere“ der alten Verbindlichkeit, gerichtet, die eintritt durch die Begründung der neuen Schuld. Die Absicht des § 607 Abs. 2 BGB. geht dagegen auf ein weiteres Bestehenbleiben des Geschuldeten, auf ein „credere“, indem der Gläubiger die Schuld dem Schuldner zu dessen Verfügung überlässt; allerdings ist dies nur möglich, wenn das alte Schuldverhältnis zunächst getilgt wird. Hierzu dient der Erlass, der dann aber auch gleichzeitig das Darlehen begründet. Es ergibt sich hieraus im Gegensatze zum § 364 Abs. 2

BGB., dass die Darlehensverpflichtung von dem Bestande der alten Schuld abhängig ist. Dieser Gestaltung widerspricht auch nicht, dass der Erlass ein abstraktes Rechtsgeschäft ist, denn „ausnahmsweise hängt das Erlöschen des Schuldverhältnisses durch den Erlassvertrag von der Gültigkeit der zu Grunde liegenden causa ab, wenn nämlich der Erlassvertrag unter der Bedingung ihrer Gültigkeit abgeschlossen wurde". [1]) Ein Fall, der hier vorliegt, indem der Erlassvertrag, wie überhaupt die Entstehung des Darlehens, von dem wirklichen Bestande des Geschuldeten abhängig ist, sodass dieses die causa des Vertrages bildet.

Ist die alte Schuld gültig und die Vereinbarung der Parteien nach § 607 Abs. 2 BGB., die als Vertrag den allgemeinen Regeln unterliegt, zustandegekommen, dann entsteht ein materielles Darlehen, während das alte Forderungsrecht erlischt, insbesondere gehen Nebenrechte unter. [2]) Den Parteien bleibt stets unbenommen, Abweichendes zu vereinbaren, das natürlich nicht direkt unter die Bestimmung des § 607 Abs. 2 BGB. fällt. Bei der Auslegung der Bedeutung des Paragraphen durfte hierauf keine Rücksicht genommen werden, daher musste man zu dem dargestellten Resultate kommen.

C.

Einzelfälle.

§ 5. Die Wirkung einer Bedingung.

I. Wie jede stipulatio [3]) im römischen Rechte unter einer Bedingung abgeschlossen werden konnte, so auch

1) cf. Schollmeyer, § 397, S. 355.

2) Vgl. unten § 9, III.

3) ebenso bei der an ihre Stelle tretenden formlosen Forderung des gem. Rechts.

die Novationsstipulation, bei der sowohl suspensive als auch resolutive Bedingungen gebräuchlich waren. Die Wirkungen, die eine condicio der stipulatio für die novatio hervorbringt, sind wohl von dem Falle zu unterscheiden, in dem die Urforderung, also die zu novierende obligatio selbst an eine Bedingung geknüpft ist. Im ersteren Falle hing der Eintritt der Novationswirkung von der Bedingung ab, d. h., dass bei dem Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung die neue Forderung entweder einer unbedingten gleichsteht bezw. keine neuen Rechtswirkungen zeitigt, die alte Forderung dagegen entweder getilgt wird oder gültig bleibt wie bisher,[1]) denn dadurch dass die stipulatio an eine Bedingung gebunden ist, wird gleichsam die Novation resp. der Novationsvertrag selbst zu einem bedingten.[2]) Es ist diese Uebertragung aus der Geltendmachung der Urforderung zu schliessen, denn während der Schwebezeit der Bedingung konnte der Gläubiger aus ihr keine Befriedigung erlangen. Diese Ansicht war nicht stets im Laufe der Entwicklung anerkannt worden,[3]) sie muss aber indes für das gemeine Recht als feststehend betrachtet werden,[4]) denn der Verwertung der alten Forderung steht die Einrede entgegen, „dass vereinbart sei, die Einziehung der Forderung bis zur Entscheidung der Bedingung der neuen Obligation in der Schwebe zu lassen".[5]) Durch diese Hemmung in der Wirkung der Urforderung ist auch diese selbst gleichsam zu einer bedingten geworden.[6])

1) cf. Salkowsky, S. 441. Möglich ist es, dass die alte Forderung nach dem Willen der Parteien für alle Fälle getilgt sein soll. Vgl. Dernburg, Pand. § 60, Anm. 2, vgl. Windscheid, § 354, Salpius, S. 158.

2) cf. Salkowsky, S. 437.

3) cf. Welsch, S. 26.

4) cf. Windscheid, § 354, Anm. 10.

5) cf. Dernburg, Pand. § 60, Anm. 2.

6) cf. Salkowsky, S. 441, Windscheid, eod. Dernburg, eod. da-

War danach die stipulatio suspensiv bedingt, dann traten mit dem Eintritt der Bedingung die vollen Wirkungen der beabsichtigten Novation ein,[1]) d. h. also, die prior obligatio ist getilgt und an deren Stelle die posterior obligatio getreten, und zwar tritt die Tilgung mit rückwirkender Kraft ein, indem die Forderung von dem Augenblicke an, wo der Abschluss der bedingten Novation erfolgt war, als gelöscht betrachtet werden muss.[2]) Vgl. l. 16, D. 46, 3. Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intellegitur iam olim liberatur. Fällt dagegen die Bedingung aus, dann besitzt auch die stipulatio keine rechtliche Geltung mehr, das ganze Rechtsgeschäft der Novation wird hinfällig, die prior obligatio ist nicht aufgehoben und besteht daher weiter. Der Gläubiger kann sich nunmehr aus dieser seine Befriedigung suchen.

Während der Schwebezeit der Bedingung ist die prior obligatio noch vorhanden, denn die posterior obligatio konnte noch keine Wirksamkeit erzeugen, eine Tilgung der Urforderung daher nicht eintreten, jedoch kann letztere nicht geltend gemacht werden,[3]) weil dadurch das ganze Rechtsgeschäft der Novation vereitelt werden könnte; der Zweck der Vereinbarung geht auch dahin, zunächst den Eintritt resp. Ausfall der Bedingung abzuwarten.

Ueber die Resolutivbedingung, die der stipulatio hinzugefügt ist, wird in den Quellen gar nicht gesprochen, doch ist auch sie zuzulassen. Der Abschluss einer der-

---

gegen Römer, bed. Nov. S. 85, Vangerow, S. 371. Unterholzner, S. 627.

1) cf. 1, 14 D. 46, 2. Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit.

2) cf. Römer, bed. Novation, S. 321 ff.

3) cf. Römer, bed. Novation, S. 85 ff.

artig bedingten Novation hat daher, wie Römer, bed. Novation, S. 335 ausführt, folgende Bedeutung:

„Die bestehende Obligation wird sofort aufgehoben durch die sofort mit dem Abschlusse des Formalkontraktes (der stipulatio) unter der Resolutivbedingung entstehende, vollkommene und nach jeder Richtung wirksame Obligation, wenn aber die Bedingung eintritt, so wird die Novationsstipulation als gar nie abgeschlossen behandelt, die aus ihr hervorgegangene Obligation direkt und rückwärts vernichtet, und die alte Obligation wiederhergestellt, als sei sie keinen Augenblick aufgehoben gewesen."

Auch eine bedingte Forderung konnte noviert werden. Man nahm dann zumeist an, dass die Bedingung auf die Novationsstipulation überginge,[1]) doch gab man auch zu, dass die Absicht, dass das Unbedingte schlechthin an die Stelle des Bedingten treten solle,[2]) Bestand habe. Bei der reinen Novation dürfte letzteres stets zutreffend sein, denn es beruht auf dem Umstande, dass in diesem Falle die posterior obligatio auf die prior obligatio überhaupt keinen Bezug nimmt.

Die Wirkung der Befristung, unter der die Novationsstipulation eingegangen wird, weicht von der der Bedingung insoweit ab, als die prior obligatio stets sofort aufgehoben wird,[1]) denn hier liegt kein ungewisser Zustand vor, der die Entscheidung beeinflusst; nur ist die neue Forderung noch nicht fällig, während hingegen der Fälligkeitstermin selbst feststeht. l. 8, § 1, D. 46, 2: nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, cum certum sit diem quandoque venturum (dagegen: at qui sub condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio extiterit) und l. 5 D. 46, 2: In diem obligatio

1) cf. Arndts, § 268, Römer, bed. Nov. S. 36.
2) cf. Unterholzner I, S. 624.
3) cf. Unterholzner, S. 627.

novari potest et prius quam dies advenerit. et generaliter constat et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit.

Ist dagegen die prior obligatio befristet, so ist die Befristung, falls sie nicht der posterior obligatio vorbehalten ist, für die Novation einflusslos.

II. Die Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit ist, wie jedes Rechtsgeschäft, abgesehen von einigen Ausnahmen, die das bürgerliche Gesetzbuch kennt,[1]) nicht durch die Unzulässigkeit einer Bedingung beschränkt worden, sodass die neue wie die alte Forderung eine bedingte sein kann. Von vornherein ist jedoch zu bemerken, dass für die neue Schuld die Wechselverbindlichkeit ausgeschlossen ist, denn der Wechsel lässt dem Wesen des strengen Wechselrechts entsprechend insbesondere wegen der notwendigen Bestimmtheit seiner Verpflichtungsnatur eine Bedingung schlechterdings nicht zu.[2])

Unter Bedingung versteht das bürgerliche Gesetzbuch die einer Willenserklärung zugefügte Bestimmung, kraft welcher die Wirkung des duch die Willenserklärung bezweckten Rechtsgeschäftes von einem zukünftigen ungewissen Umstande abhängig ist; wie andere Rechte unterschcidet auch das bürgerliche Gesetzbuch aufschiebende (suspensive) und auflösende (resolutive) Bedingungen, die sowohl für die Vorschrift des § 364 Abs. 2 als auch für die des § 607 Abs. 2 in Betracht kommen.

Hat der Schuldner bei einer Vereinbarung nach § 364 Abs. 2 BGB. in dem hier besprochenen Sinne die neue

1) cf. §§ 388, 925, 1317, 1598, 1724, 1742, 1768, 1947, 2180, 2202 BGB.

2) cf. Dernburg, bürg. R. II, § 250, I, Cosack, Lhrb. d. Handelsr. 6. Aufl. S. 226, E. R. Bd. 9, S. 113.

Verbindlichkeit unter einer Bedingung übernommen, der Gläubiger sich damit durch die Annahme einverstanden erklärt, so muss die rechtliche Wirkung der neuen Forderung, also insbesondere hinsichtlich ihrer Erfüllungspflicht und Tilgungskraft, von der Bedingung abhängen. Diese abhängige Wirkung beschränkt sich nicht allein auf die neue Forderung, sondern auch auf die alte, weil diese erst mit der gültigen und bestimmt lautenden neuen Forderung getilgt wird. Durch diesen Einfluss des neuen Schuldverhältnisses auf das alte kommt es, dass der Untergang bezw. die Geltendmachung der Urforderung auch mit der Bedingung in Verbindung steht, sodass gewissermassen die Bedingung auch dieser zugefügt ist, denn die Löschung der alten Forderung ist jetzt bedingt. Es ist diese Uebertragung der Abhängigkeit erklärlich; einmal steht hier nur ein einziger Vertrag in Frage, deren Teile solange untereinander eng verbunden sind, als nicht eine endgültige Wirkung eingetreten ist, z. B. die definitive Tilgung der Urforderung; ferner beruht das Hauptgewicht des ganzen Vertrages auf der Annahme von Seiten des Gläubigers; dieser erklärt sich hierdurch mit der bedingten neuen Forderung einverstanden und damit auch mit den Folgen, die er kennen muss, da nur bei jedem Fehlen eines Zweifels die Annahme an Erfüllungsstatt möglich ist. Man kann daher die Bedingung in gewissem Sinne als ein Vorbehalt für den ganzen Vertrag auffassen, von dem der Untergang bezw. die Gültigkeit der Urforderung abhängt; es richtet sich auch die Befriedigung des Gläubigers sei es aus der alten sei es aus der neuen Verbindlichkeit hiernach. Sie ist verschieden, je nachdem eine aufschiebende oder auflösende Bedingung vorhanden ist. Es ist deshalb erforderlich, im folgenden zwischen diesen beiden Arten der Bedingung und ihren Wirkungen einen Unterschied zu machen, wobei die Vorschriften der §§ 158 ff. BGB. massgebend sind.

Die Grundlage für die aufschiebende Bedingung bildet § 158 Abs. 1:

„Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein."

Gemäss dieser Bestimmung erfolgt die Wirkung, die der von dem Schuldner unter einer aufschiebenden Bedingung übernommenen Forderung inneliegt, mit dem Eintritte der Bedingung, d. h. dass erst in diesem Augenblicke die Forderung entsteht, denn wenn auch der Inhalt der Forderung feststeht, und der Gläubiger mit dem Augenblicke des Abschlusses ein Recht auf die zukünftige Forderung hat, die allerdings schon einen Vermögenswert repräsentiert, so entsteht die Forderung selbst doch erst mit dem Eintritte der Bedingung, denn mit „dem Eintritt der Bedingung vollendet sich das Geschäft",[1]) und dieser Moment bildet die Forderung. Ob die Forderung auch zu derselben Zeit fällig ist, ist nebensächlich, da Fälligkeit und Entstehung nicht zusammengehören, bezieht sich doch das eine nur auf den Augenblick der Befriedigung, die Entstehung dagegen auf die Möglichkeit der Befriedigung, und diese ist bei einer aufschiebenden Bedingung mit ihrem Eintritt gegeben. Dieser Moment bringt dann alle Wirkungen der Annahme an Erfüllungsstatt hervor, indem jetzt insbesondere die Urforderung erlischt. Fraglich ist, ob diese Löschung als im Augenblicke des Eintritts der Bedingung als erfolgt gilt, oder ob ihr rückwirkende Kraft innewohnt, d. h. ob es so angesehen werden solle, als

1) cf. Dernburg, bürg. R. I, § 155 I, auch Kohler, Lehrb. I, S. 170: „Bei bedingten Schuldrechten entsteht der Anspruch erst, wenn die Bedingung eingetreten ist;" „denn das ist gerade beim Anspruch wesentlich, dass nicht ein Sprung auf die Zukunft vorliegt, sondern ein gegenwärtiges Befriedigungsbedürfnis"

wenn die Urforderung mit dem Abschlusse des Vertrages untergegangen ist. Nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches hat nun der Eintritt der Bedingung keine rückwirkende Kraft,[1]) und demgemäss muss dieser Umstand auch hier zutreffen. Indes können die Parteien nach § 159 BGB. anderes vereinbaren und eine obligatorische (eine dingliche gestattet § 159 nicht) Zurückbeziehung herbeiführen.

Fällt die Bedingung aus, dann ist auch die neue Forderung nicht zur Entstehung gekommen. Die Urforderung bleibt unverändert wie sie bisher war, und dem Gläubiger steht sie allein zur Befriedigung zu.

Ein eigenartiger Rechtszustand ergibt sich während der Schwebezeit der Bedingung. Die Urforderung ist zunächst bestehen geblieben, die neue noch nicht entstanden; der Gläubiger hat ein veräusserliches und vererbliches Recht auf die zukünftige Forderung, ein Recht, das der Schuldner nicht beeinträchtigen darf, da er hierfür nach § 160 BGB. haften würde.[2]) Eine Befriedigung aber gewährt die neue Schuld dem Gläubiger während dieser Zeit nicht, es fragt sich, ob er sich daher aus der bisherigen befriedigen kann, da diese noch vorhanden ist. Ein derartiges Recht kann man ihm m. E. nicht einräumen; denn es steht ihm der Vertrag im Wege, sodass das Vorgehen des Gläubigers gegen Treu und Glauben verstossen würde. Wenn nämlich der Gläubiger die bedingte Forderung annimmt, dann liegt hierin stillschweigend, dass er zunächst den Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung abwarten will; etwas anderes kann auch der Schuldner nicht vermuten. Der Zweck des Vertrages bringt dieses Ergebnis mit sich, und es lässt sich daher nicht anders ent-

1) cf. Planck I, S. 277.

2) Auch sonst sind die Parteien an ihre Abmachung gebunden, und niemand darf willkürlich handeln. vgl. §§ 161, 162 BGB.

scheiden, weil der Gläubiger durch die Annahme der bedingten Verbindlichkeit, die doch in seiner Hand lag, zu erkennen gab, dass er deren Folgen auf sich nehmen wolle. Ihm geht auch während der Schwebezeit kein eigentliches Recht verloren, es sei denn dass ein Verschulden vorläge; die Geltendmachung der Urforderung während dieser Zeit muss daher als unbegründet betrachtet werden, und da sie entgegen der Absicht der Parteien dem Schuldner nur unnötige Schwierigkeiten bereiten, ja die gewollte Annahme an Erfüllungsstatt überhaupt vereiteln kann, braucht sie als gegen Treu und Glauben verstossend nicht geduldet zu werden. Dem Schuldner wird deshalb das Recht zugestanden werden müssen, einem dahingehenden Verlangen des Gläubigers entgegentreten zu dürfen.[1])

Hat der Schuldner eine auflösende Bedingung an die von ihm übernommene Verbindlichkeit geknüpft, und hat der Gläubiger dieselbe angenommen, dann treten sofort mit der Annahme der neuen Forderung die Wirkungen des Vertrages ein, d. h. es ergibt sich eine Sachlage, die dem Falle der unbedingten Forderungsübernahme gleichkommt; die Forderung entsteht sofort und bewirkt den Untergang der alten Schuld. Während der Schwebezeit bleibt dieser Rechtszustand bestehen und ändert sich auch nicht, falls die Bedingung ausfällt. Von diesem Augenblick an ist der Bestand des Rechtsgeschäfts gesichert. Da diese Folge nicht von Anfang an feststand, tritt auch hier der Zweifel, ob der Gläubiger sich in der Zwischenzeit Befriedigung aus der neuen Verbindlichkeit suchen kann, zu Tage. Es lässt sich kaum ein anderes Resultat finden, als wie wenn eine aufschiebende Be-

1) Prozessual ist zu bemerken, dass der Gläubiger jedoch auf Grund des § 259, CPO. klagen kann, wenn dessen notwendigen Voraussetzungen gegeben sind. Ob er die Urforderung oder die neue beansprucht, richtet sich nach dem konkreten Falle.

dingung vorliegt, sodass wiederum die Entscheidung über die Bedingung vor der Befriedigung eingetreten sein muss.[1])

Erfolgt dagegen der Eintritt der Bedingung, so endigt nach § 158 Abs. 2 BGB. damit die Wirkung des Rechtsgeschäftes; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein. Diese Bestimmung zwingender Natur vereitelt die Annahme an Erfüllungsstatt, denn die Urforderung muss, obwohl sie schon getilgt war, wieder aufleben;[2]) es liegt diese Wirkung in der Natur der auflösenden Bedingung, und die Parteien mussten hiermit von Anfang an rechnen, sodass der Erfolg nicht überraschend ist. Eine Rückwirkung tritt auch hier nicht ein, was von Bedeutung für etwaige Nebenrechte der alten Forderung sein kann, denn auch diese entstehen erst wieder mit der Forderung, sodass der Zinsenlauf von diesem Augenblick an wieder beginnt. Ob die Parteien zu sonstigen Leistungen einander verpflichtet sind, richtet sich nach den §§ 160 ff. BGB.

Dass auch die Urforderung bedingt sein kann, bedarf keiner Auseinandersetzung. Einfluss auf die Annahme an Erfüllungsstatt im Sinne des § 364 Abs. 2 BGB. hat eine derartige Bedingung nicht, denn die Uebernahme und Annahme der neuen Verbindlichkeit geschieht, wie im § 3 erörtert, unabhängig von der bisherigen Schuld und hebt dieselbe mit allen Bestimmungen und Nebenrechten vollständig auf, ohne dass irgend ein Recht übergehen kann. Sonst wäre in der unbedingten Uebernahme stets ein Verzicht auf die Bedingung der Urforderung zu er-

1) Von grossem Interesse dürften diese Fragen im Falle des Konkurses sein; doch gestalten sie sich insofern einfach, als nach § 69 der Konkursordnung jede Forderung, die nicht auf einen Geldbetrag gerichtet ist, nach ihrem Schätzungswerte in Reichswährung geltend zu machen ist.

2) cf. Schollmeyer, § 283, Crome, System. S. 264, N. 18.

blicken, sodass dieser Umstand allein den Wegfall der Bedingung bewirken würde.

III. Bei der Umwandlung einer bestehenden Schuld in ein Darlehen nach § 607 Abs. 2 BGB. lassen sich für den Fall, dass die Darlehensforderung bedingt ist, ähnliche bezw. gleiche Folgen feststellen, wie bei dem Vertrage im Sinne des § 364 Abs. 2 BGB., denn auch hier beschränkt die Bedingung ihre Wirkungen keineswegs allein auf die Darlehensforderung, sondern auch auf die Urforderung, da diese nur dann durch den Erlass getilgt wird, wenn die Darlehensforderung gültig entsteht. Es hängt demnach der Erlass gleichsam von der Bedingung ab, denn die Vereinbarung steht unter dem Einflusse der Bedingung, weil ihr Zweck die Schaffung des Darlehens ist und sie infolgedessen nur Bedeutung hat, falls das Darlehen zustande kommt. Auch hier hängt die Entscheidung ganz von dem Willen des Gläubigers ab, weshalb es erklärlich ist, dass die Vereinbarung durch die Bedingung, die der Darlehensforderung zugefügt ist, beeinflusst ist. Es äussert sich daher die Bedingung in ihren Wirkungen, die sie auf die Vereinbarung, insbesondere auf den Erlass ausübt, weil dieser hinwiederum für die Urforderung von Bedeutung ist. Das Ergebnis, das durch diese Sachlage geschaffen wird, muss daher dasselbe sein wie in dem analogen schon besprochenen Falle des § 364 Abs. 2 BGB., d. h. dass nur vom Eintritt resp. Ausfall der auflösenden oder aufschiebenden Bedingung an die Urforderung getilgt wird, bestehen bleibt oder wieder auflebt. Auch während der Schwebezeit der Bedingungen sind die Rechtsverhältnisse dieselben; der Unterschied, der sonst die beiden Verträge beherrscht, tritt bei der bedingten neuen resp. Darlehensforderung nur in geringem, fast bedeutungslosem Masse hervor, sodass ich mich hier auf eine Verweisung beschränken kann. Diese gleiche Wirkung kommt daher, dass eben die Bedingung in ihrer

Wirksamkeit auf die gesamte Vereinbarung überspringt und so die Aufhebung der Urforderung von sich abhängig macht.

Abweichend vom § 364 Abs. 2 liegt die Rechtslage, wenn die Urforderung bedingt ist. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 607 Abs. 2 BGB. bezieht sich die Vereinbarung der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen nur auf das, was geschuldet wird, und dieses allein bildet den materiellen Inhalt der neuen Darlehensverpflichtung. Allerdings erlischt durch die Umwandlung die bisherige Verbindlichkeit und zwar durch den Erlass, der in der Vereinbarung enthalten ist, sodass man geneigt sein kann, zu glauben, die Bedingung wäre ohne jeglichen Einfluss. Möglich ist dieser Vorgang, falls die Parteien ihn besonders hervorheben und die Bedingung dadurch unwirksam machen. Aber das Gesetz enthält diese Möglichkeit an und für sich nicht, denn wenn nach der Umwandlung die der Urforderung hinzugefügte aufschiebende Bedingung ausfällt und dadurch die alte Forderung hinfällig ist, also auch nichts mehr geschuldet wird, dann fällt die Darlehensforderung auch in sich zusammen, da nämlich die materielle Grundlage, die res, fehlt, die aber, wie oben gezeigt, eine Hauptvoraussetzung für das Zustandekommen des Darlehens bildet. Es lässt sich hieraus erkennen, dass infolgedessen die Darlehensforderung ebenso wie die Urforderung von der Bedingung abhängig ist, sei es dass es sich um eine aufschiebende oder auflösende Bedingung handelt. Die Darlehensforderung ist daher ebenso bedingt wie die Urforderung, ein Resultat, das bei der Natur und dem Zweck des Vertrages nach § 607 Abs. 2 nicht befremden kann, da eine Darlehensverpflichtung auf der Basis einer alten Schuld aufgebaut werden soll.

Auf die Wirkung einer Zeitbestimmung (Befristung) näher einzugehen, scheint mir nicht notwendig zu sein, da

das Ergebnis im wesentlichen dasselbe ist, wie wenn eine Bedingung vorliegt, finden doch nach § 163 BGB. auch dieselben Vorschriften Anwendung. Ein Unterschied, der immerhin ins Gewicht fällt, besteht darin, dass die Zeitbestimmung im Gegensatz zur Bedingung etwas Bestimmtes und Gewisses enthält, sodass die Entscheidung nicht mehr zweifelhaft ist, denn der Eintritt des massgebenden Momentes ist feststehend. Die Parteien wissen von vornherein, welche Forderung zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

§ 6. Die Nichtigkeit der Urforderung.

I. Es ist im römischen und gemeinen Rechte bestritten worden, ob im Novationsvertrage die posterior obligatio Gültigkeit erlangen kann, falls die prior obligatio nichtig ist. Mag man im alten römischen Rechte in der Regel auf dem Standpunkte gestanden haben, dass die stipulatio, also die posterior obligatio, von der früheren Obligation als der Grundlage abhängig sei,[1]) obwohl auch hierüber und zwar mit Recht eine Streitfrage besteht,[2]) für die reine Novation, die hier in Betracht zu ziehen ist, lässt sich diese Auffassung nicht vertreten. Für diese Ansicht spricht der Satz, dass die stipulatio an keine causa gebunden ist, um eine obligatio zu begründen. Die stipulatio trat hier in ihrer reinsten Gestalt auf und verpflichtete den Schuldner nur nach Massgabe seines gegebenen Wortes, ohne dass eine causa zur Bindung des Schuldners erforderlich ist. Der Schuldner hatte demnach gemäss der stipulatio zu leisten, auch wenn die prior

1) cf. Dernburg, Pand. II, S. 169, Welsch, S. 12, Salkowsky, S. 382 ff., Salpius, S. 274 ff., v. Blume, Novation und Delegation S. 11.

2) cf. u. a. Römer, bed. Nov. S. 28, Anm. 2.

obligatio nichtig war.[1]) Bei der abstrakten Natur der Novation im gemeinen Rechte ist an dieser Gestaltung festzuhalten, wie auch im allgemeinen, selbst von denen, die für das frühere römische Recht anderer Meinung waren, angenommen wird.[2]) Das abstrakte Versprechen des Schuldners bewirkt durch sich die Entstehung der neuen Obligation, ohne zu sagen, ob die Forderung, die aufgehoben werden soll, gültig besteht oder nicht, denn die neue Schuld beruht auf dem Novationsvertrage, nicht dagegen auf der bisherigen Forderung. Die neue Schuld besteht daher im Falle der Nichtigkeit der alten zu Recht, doch wäre es unbillig, den Schuldner, wenn er das Nichtbestehen der Urforderung nicht gekannt hat, stets haften zu lassen. Für diesen Fall kann ihm ein Anfechtungsrecht[3]) bezw. eine condictio indebiti[4]) nicht versagt werden.

II. Im § 3 habe ich hervorgehoben, dass die Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit im Sinne des § 364 Abs. 2 BGB. in der Regel eine gültige Forderung voraussetze. Ob diese Regel stets Gültigkeit hat oder ob die neue Verbindlichkeit doch rechtlichen Bestand hat, falls die Urforderung nichtig war, soll im folgenden erörtert werden. Die Ansichten hinsichtlich dieser Frage gehen auseinander.

---

1) Vgl. auch l. 12, D. 46, 2. Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur.

2) cf. Dernburg, Pand. II, S. 169, Windscheid, § 355, Bähr, S. 35, Brinz I, S. 553, Römer, bed. Nov. S. 26.

3) cf. Dernburg a. a. O.

4) In den Quellen (l. 20, D. 14, 6; l. 14, D. 44, 1; l. 25, D 19, 1) werden hier condictio und exceptio (doli) genannt, eine Tatsache, aus der geschlossen werden kann, dass trotz Nichtigkeit der prior obligatio die posterior obligatio doch rechtlichen Bestand hat. Römer, bed. Nov. S. 40 ff.

Endemann[1]) führt folgendes aus: „An seine Stelle (nämlich an die des bisherigen Forderungsrechtes) tritt das neue Forderungsrecht. Die damit betonte Ersatzfunktion, wonach es den Inhalt einer bereits bestehenden Schuldverpflichtung in anderer rechtgeschäftlicher Form aufnimmt, tritt in der Abhängigkeit der verbindenden Kraft des neuen Schuldverhältnisses von der Gültigkeit des alten hervor.“

Nach dieser Darlegung wäre die neue Verbindlichkeit von der bisherigen Forderung abhängig und danach im Falle ihrer Nichtigkeit auch nichtig.[2]) Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Schon oben im § 3 ist darauf hingewiesen, dass die neue Verbindlichkeit einen anderen Inhalt besitzen muss, als die alte, da sonst keine Aufhebung der Urforderung eintrete, sondern nur eine Veränderung in einigen Nebenbestimmungen u. s. w. Dieser Umstand und insbesondere die abstrakte Natur der neuen Schuld lassen die Annahme nicht zu, dass sie von der alten abhängig sei. Allerdings ist die bisherige Schuld der Anlass, der den Schuldner zur Uebernahme der neuen Verbindlichkeit zwecks Befriedigung des Gläubigers führt, jedoch beruht sie nicht auf der früheren Forderung, denn der Schuldner übernimmt die neue, um das alte Forderungsrecht aufzuheben, also solvendi causa, nicht dagegen um es in anderer Form weiterzuführen, also nicht credendi causa. Es tritt dies zu Tage dadurch, dass die neue Forderung ohne Angabe eines Grundes, als eines in der Vergangenheit liegenden Punktes, eingegangen wird, der Zweck dagegen ist hierfür gleichgültig, denn er geht auf die Zukunft, auf den beabsichtigten Erfolg.[3]) Gewiss wird kaum jemand ohne Grund

1) cf. Endemann, Lehrb. I, S. 636.

2) Auch Schollmeyer, S. 281.

3) Vgl. über den Unterschied zwischen Zweck und Grund; R. v. Ihering, der Zweck im Recht, 4. Aufl. 1904, Kap. I.

und Zweck eine Verbindlichkeit übernehmen, doch ist es keineswegs notwendig, dass dieser Fall im Handeln zum Ausdruck kommt, ja es ist möglich, dass nur der Zweck ersichtlich ist, während der Grund scheinbar als gar nicht vorhanden anzusehen ist. Trotzdem besteht die Verpflichtung zu Recht. So ist es auch im Vertrage nach § 364 Abs. 2 BGB. Der Grund, also hier das Bestehen der alten Schuld, ist nebensächlich für die gültige Entstehung der neuen Verbindlichkeit, es genügt die Erklärung des Schuldners, die betreffende Schuld übernehmen zu wollen, und die Annahme des Gläubigers. Die neue Schuld besteht demnach unabhängig von der alten und also auch, falls letztere nichtig war, da sie aus dem Annahmevertrage hervorgegangen ist. Zu demselben Ergebnis ist auch Berndorff[1]) gekommen: „Hat der vermeintliche Schuldner eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen, so wird die Gültigkeit der neuen Verbindlichkeit, die vollkommen selbständig in solutum begründet wird, nicht durch den mangelnden Bestand der unterliegenden Schuld beeinträchtigt.“[2]) Dieses Resultat ergibt sich auch aus der Erwägung, dass die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt eine direkte Leistung auf die alte Schuld ist. Wenn nämlich jemand auf eine vermeintlich bestehende Schuld hin leistet, dann ist diese Leistung, falls die Schuld nichtig war, nicht selbst nichtig, was auch daraus erhellt, dass sie nur auf Grund der §§ 812 ff. BGB. zurückgefordert werden könnte, nicht allein auf Grund der Tatsache selbst, dass die Forderung nichtig sei, sondern die Leistung gilt an und für sich zu Recht bestehend.

Der Zweck des Vertrages, nämlich die Aufhebung

---

1) Vgl. Berndorff, S. 93.

2) Vgl. auch Bähr, § 17 und 18, Müller-Meikel, S. 326.

der alten Schuld und die dem Gläubiger bequemere und erleichterte Befriedigung seiner Ansprüche stehen dieser Auffassung nicht entgegen. Es fragt sich aber doch, ob nun der Schuldner gemäss seinem Versprechen stets leisten muss, und ob er eine schon gemachte Leistung zurückfordern kann.

Zunächst ist zu erörtern, ob ihm die Möglichkeit gegeben ist, seine Erklärung anfechten zu können. Auszugehen ist im folgenden davon, dass der Schuldner nicht gewusst hat, dass die alte Schuld nichtig ist. Für die Entscheidung kommen in Betracht die §§ 119, 123 BGB.

§ 119 BGB. gewährt ein Anfechtungsrecht auf Grund der Bestimmung, dass jemand bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht hat abgeben wollen, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Wenn sich die Entscheidung hierüber durchweg nur nach Lage des konkreten Falles treffen lässt, da immerhin die Möglichkeit vorhanden sein kann, dass der Schuldner über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume ist, so steht ihm das Anfechtungsrecht doch nicht auf Grund der Tatsache zu, dass er das Nichtbestehen der Urforderung nicht gekannt hat; denn hierin liegt kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, sondern ein falscher Anlass ist es, der den Anstoss zu der Erklärung gegeben hat; es liegt demnach ein „Irrtum im Motiv“ vor, der jedoch kein Anfechtungsrecht gewährt. Auch wenn der Schuldner über die Rechtsfolgen seiner Erklärung im Irrtume war, so steht ihm die Bestimmung des § 119 BGB. nicht zur Seite, denn auch dies ist kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung.[1])

1) cf. E. R. Bd. 51, S. 281.

Anders liegt es, wenn der Gläubiger ihn durch arglistige Täuschung zur Abgabe der Erklärung bestimmte, indem er ihm vorspiegelte, dass das alte Schuldverhältnis gültig sei. Hier ist dem Schuldner ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB. gegeben. Ob ihm ein Anfechtungsrecht gemäss §§ 116—118 BGB. zusteht, ist für die vorliegende Frage ohne Bedeutung, da die Entscheidung hierüber mit der Nichtigkeit der Urforderung in keinem Zusammenhange steht.

Es lässt sich ersehen, dass das Anfechtungsrecht nur in sehr beschränktem Masse Anwendung findet. Die Billigkeit muss aber, um den Schuldner vor unbewusstem und wahrscheinlich auch unverschuldetem Schaden zu bewahren, einen weiteren Ausweg zeigen. Er ist gegeben durch den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.), denn der Gläubiger hat durch die vom Schuldner übernommene Verbindlichkeit eine Leistung auf dessen Kosten erhalten, ohne dass ein rechtlicher Grund bestand, weil die Urforderung nichtig war, der Gläubiger also keinen Anspruch auf eine Leistung seitens des Schuldners hatte; auch kann der Zweck des Vertrages, die Aufhebung des alten Schuldverhältnisses, nicht erreicht werden, da die Urforderung nicht vorhanden ist. Hatte der Schuldner die neue Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, dann kann er nach § 821 BGB. die Erfüllung verweigern,[1]) da ihm „auf Grund dieses Anspruchs auch eine Einrede gegenüber dem Anspruche auf Erfüllung der Verbindlichkeit“ zusteht.[2]) Ausser diesem dem Schuldner zukommenden Verweigerungsrecht kann letzterer auf Herausgabe der Bereicherung klagen, d. h. der Schuldner kann gemäss § 256 ZPO. Feststellung darüber verlangen, dass die dem Gläubiger bisher formell

1) cf. Berndorff, S. 74.

2) cf. Planck, z. § 821, Schollmeyer, S. 281.

zustehende neue Forderung keine materielle Wirkung besitzt, sodass er nicht mehr verpflichtet ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen. Nach § 813 BGB. kann der Schuldner das Geleistete zurückfordern, falls er die Verbindlichkeit schon erfüllt hatte, denn ihm standen die oben erwähnten Rechte zu.[1] [2]

Der Schuldner kann jedoch diese Rechte auf Rückforderung nicht geltend machen, sie sind ihm also versagt, wenn er gewusst hat, dass die Urforderung nicht bestanden hat; sie ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 814 ausgeschlossen.[3] Sollte der Schuldner der Meinung sein, die Verbindlichkeit sei ipso iure nichtig, da es die Urforderung sei, so hat er den aus dieser Unkenntnis der Rechtsfolgen entstehenden Schaden selbst zu tragen, denn ein Irrtum oder Unkenntnis über die rechtlichen Wirkungen einer Vereinbarung kann keine Aenderung der Sachlage herbeiführen.[4] Praktisch wird jedoch dem Schuldner, falls er noch nicht gemäss der neuen Schuld geleistet hat, in vielen Fällen ein Recht auf Verweigerung der Leistung selbst möglich sein, da sich die Uebernahme der Verbindlichkeit oft als Schenkung darstellen kann. Ist dann die neue Forderung nicht gerichtlich oder notariell beurkundet worden (§ 518 BGB.), so wird der Gläubiger eine Leistung nicht erzwingen

---

1) cf. Berndorff a. a. O., Staudinger, z. § 364, Abs. 2, Rehbein. S. 294, Siber, Rechtszwang, S. 61.

2) Die Beweislast liegt in diesen Fällen stets auf Seiten des Schuldners, da er beweisen muss, dass er die Verbindlichkeit eingegangen ist, bezw. geleistet hat, und dass die Urforderung nichtig war. Wusste er letzteres, so trifft hierüber den Gläubiger die Beweislast.

3) Dieser Paragraph bezieht sich nicht nur auf eine effektive Leistung, sondern auch auf Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit, die ebenso als Leistung behandelt wird, vgl. Siber, Rechtszwang, S. 61.

4) cf. J. W. 02, S. 262.

können, da das Schenkungsversprechen ohne Innehaltung der vorgeschriebenen Form an und für sich nichtig ist (§ 125 BGB.).[1])

III. Die Nichtigkeit der Urforderung ist auch von Einfluss auf den Umwandlungsvertrag nach § 607 Abs. 2 BGB., allerdings in anderem Sinne als im soeben besprochenen Fall des § 364 Abs. 2 BGB. Schon die Motive[2]) enthalten hierüber eine Bemerkung:

„Die Vorschrift setzt übrigens an sich die einwandsfreie Verbindlichkeit der bisherigen Schuld voraus und bestimmt keineswegs darüber, ob und inwiefern der Schuldner mit Einwendungen aus dem früheren Schuldverhältnisse sich zu schützen vermag; darüber entscheiden andere Vorschriften."

Soll diese Auslegung richtig sein, dann muss sie auch dem Wesen des Vertrages entsprechen. Im § 4 ist gezeigt, dass die Voraussetzung zur Umwandlung das Geschuldetwerden von Geld oder anderen vertretbaren Sachen, also einer res, bildet. Ohne diese Voraussetzung muss das Darlehen nichtig sein, weil dann ein wichtiges Moment, das die Verpflichtung zur Rückzahlung begründet, fehlt und daher eine Wirksamkeit der Vereinbarung nicht eintreten kann. Ist nämlich die bisherige Schuld nichtig, dann wird aus ihr dem Gläubiger nichts geschuldet; es besteht also eine res im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. nicht, die Vereinbarung kann kein Darlehen begründen, weil die Grundlage zur Bildung des Darlehens fehlt, denn die Darlehensverpflichtung des § 607 Abs. 2

1) Anders liegt es, wenn die bisherige Forderung eine nicht verpflichtende Schenkung ist, weil die gerichtliche oder notarielle Beurkundung fehlte. Erfolgt hierauf die Annahme an Erfüllungsstatt durch eine neue Verbindlichkeit, so ist nach § 518, Abs. 2 der Formmangel als geheilt zu betrachten, da die datio in solutum selbst Leistung ist. cf. Berndorff, S. 80, 81.

2) cf. Motive II, S. 312.

BGB. ist nichts weiter als eine Fortsetzung der bisherigen Schuld auf derselben materiellen Basis; wenn diese ein „Nichts“ ist, dann ebenso das Darlehen. Auch der Erlass, der zum Vertrage nach dem vorliegenden Paragraphen gehört, ist ein ungültiger, da er nichts vorfindet, was er aufheben soll. Es fehlte somit auch diese wenngleich hier nicht so wichtige Voraussetzung des Vertrages.

Zu demselben Ergebnis muss man gelangen, falls man erwägt, was die Vereinbarung des § 607 Abs. 2 BGB bezweckt. Es tritt hier der grosse Unterschied hervor, in dem sie zu der des § 364 Abs. 2 BGB. steht. Denn während bei dem letzteren Uebereinkommen der Parteien der Zweck darin liegt, ein bestehendes Schuldverhältnis endgültig aufzuheben und daher die Eingehung der neuen Verbindlichkeit unabhängig von der alten solvendi causa vorgenommen wird, so geschieht es hier credendi causa, d. h. das bisher Geschuldete soll von nun an in der Form des Darlehens weiter geschuldet werden und zwar in engster Abhängigkeit der Darlehensschuld von der alten, sodass die alte Schuld nur aufgehoben wird, um die Uebertragung in die neue Verbindlichkeit zu ermöglichen; es findet keine Schaffung eines neuen Schuldverhältnisses statt, um das alte aufzuheben (so § 364 Abs. 2), sondern eine Aufhebung der alten Schuld, um auf ihrer materiellen Grundlage das Darlehen zu erbauen. Es liegt hierin ein gewisser Gegensatz zum § 364 Abs. 2 BGB., der diesen soeben gezeigten Unterschied verursacht. Daher ist es erklärlich, dass die Umwandlung einer nichtigen Schuld in ein Darlehen nicht möglich ist, ein gültiges Schuldverhältnis ist eben erforderlich. Der Gedanke sowie der Wortlaut des § 607 Abs. 2 BGB. stimmen mit dieser Auffassung überein; infolgedessen besteht über diesen

Punkt keine Streitfrage, sondern sämtliche Juristen folgen dem Standpunkte der Motive.[1])

§ 7. Die Wirkung einer der Urforderung entgegenstehenden Einwendung resp. Einrede und die im Falle des Bestehens einer Naturalobligation.

I. Da eine der Voraussetzungen der Novation die prior obligatio bildet, so ist noch ausser dem Falle der Nichtigkeit der Urforderung der Punkt zu untersuchen, falls der bisherigen Schuld eine Einwendung irgend welcher Art anhaftet. Es ist nicht erforderlich, näher auf die Art der Einwendung einzugehen, denn die eine Frage, die sich ergibt, ist nur die, ob Einwendungen auf die posterior obligatio übergehen und so dieselben Wirkungen auf letztere auszuüben vermögen wie auf die prior obligatio. Ueber diese Frage besteht in der Literatur Streit, indem einige[2]) behaupten, dass sämtliche Einwendungen auf die posterior obligatio übergehen. Demgegenüber steht die Meinung, und zwar dürfte diese als die herrschende im gemeinen Rechte bezeichnet werden: „es gehen auch die hinderlichen Accessionen der bisherigen Obligation, d. h. die derselben entgegenstehenden Einreden sämtlich unter".[3]) Diese Wirkung, die insbesondere bei der reinen Novation deutlich hervortritt, beruht auf ihrer tilgenden Kraft und hauptsächlich darin, dass die neue abstrakte Obligation unabhängig von der bisherigen ist, infolgedessen Einwendungen mit dem Untergange der

1) cf. Martin, S. 61, Siber, Rechtszwang, S. 60, Planck, z. § 607 Abs. 2, Fischer-Henle, § 607, Anm. 6, Eck-Leonhard, Vortr. S. 507, Neumann, Handausgabe z. § 607, Abs. 2, Dernburg, bürg. Recht II, 2, S. 207, Oertmann, z. § 607, Abs. 2, E. R. Bd. 62, S. 51, 52.

2) cf. Salpius, S. 274, 357 ff., Salkowsky, S. 303, Vangerow, S. 619.

3) cf. Keller, § 276 c, Dernburg. Pand. § 60, Windscheid, § 355, ferner l. 12, l. 19, l. 33, D. 46, 2.

Forderung unwirksam werden und für die neue nicht in Betracht kommen. Der Schuldner hat jedoch auch hier wie im Falle der Nichtigkeit der Urforderung unter denselben Voraussetzungen ein Anfechtungsrecht bezw. steht ihm eine condictio zu.

Im Anschlusse hieran ist die Tatsache zu erwähnen, dass eine Naturalobligation den Inhalt der alten Schuld bildet. Kann schon die stipulatio gültig entstehen, falls die Urforderung nichtig ist, so doch ebenso gut, wenn sie nur eine Naturalobligation ist, denn diese ist stets erfüllbar, obwohl sie nicht eingeklagt werden kann. Durch die Novation erhält sie dagegen, da jetzt eine ganz andere Forderung an ihre Stelle getreten ist, volle Klagbarkeit. Hierüber herrscht unter allen Juristen Uebereinstimmung.[1]) Ebenso l. 1 § 1 D. 46, 2: Illud non interest qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

II. Für die Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit im Sinne des § 364 Abs. 2 BGB. ist das Vorhandensein einer Einrede,[2]) die der Urforderung entgegensteht, von grosser Bedeutung. Unter Einrede des bürgerlichen Gesetzbuches hat man „ein Gegenrecht, welches einen an sich begründeten An-

1) Vgl. z. B. Dernburg, Pand. § 60, Windscheid, §§ 355, 288, 289, Salkowsky, S. 74 ff., Salpius, S. 138 ff, Welsch, S. 12.

2) Vom Begriff der Einrede ist der der Einwendung zu unterscheiden. Letztere kann ich jedoch bei Seite lassen, weil es darauf ankommt, festzustellen, ob derartige Rechte übergehen. Ist die Einwendung zu recht bestehend, dann macht sie den Anspruch unwirksam, sodass die Entscheidung dieselbe sein muss, wie wenn die Urforderung nichtig ist.

spruch unwirksam macht", zu verstehen;[1]) es ist also ein Recht, welches demjenigen, dem es zusteht, die Befugnis einräumt, die Leistung zu verweigern,[2]) und zwar dergestalt, dass sie nur beachtet wird, falls sie von dem Berechtigten geltend gemacht wird. Sie zerfallen wieder in solche, die die Geltendmachung des Anspruches dauernd vereiteln können, die peremtorischen, und in solche, die sie nur aufschieben, die dilatorischen. Dieser Unterschied tritt hier zunächst nicht hervor, wohl ist er aber bei der Besprechung des § 607 Abs. 2 BGB. zu beachten.

Bei der selbständigen und unabhängigen neuen Verbindlichkeit, die durch den Vertrag nach § 364 Abs. 2 BGB. geschaffen wird, kann es kaum zweifelhaft sein, dass die Einreden ebenso wenig übergehen, wie der Inhalt der Urforderung selbst. Die Natur der Einrede des bürgerlichen Rechts geht wie erwähnt davon aus, dass dem Schuldner das Recht zusteht, die Leistung gemäss dem in dem Schuldverhältnisse enthaltenen vom Gläubiger ihm gegenüber geltend gemachten Anspruch zu verweigern. Wie in einem Schuldverhältnisse wohl mehrere Ansprüche vorhanden sein können, so ist es denkbar, dass ein und derselbe Anspruch in mehreren Schuldverhältnissen enthalten ist, und zwar in der Art, dass bei Befriedigung des Gläubigers gemäss dem Anspruche die anderen Schuldverhältnisse, soweit sie sich auf den fraglichen Standpunkt erstrecken, als getilgt gelten, ein Fall, der bei der Rechtsvermutung des § 364 Abs. 2 BGB. Platz greifen wird. Hierbei ist zu bemerken, dass, obwohl derselbe Anspruch, etwaige Einreden nicht stets dieselben sind, vielfach auch gar nicht sein können, denn sie hängen nicht einzig und allein von dem Anspruche ab, sondern richten sich nach dem ganzen Rechts- und Schuldverhält-

1) cf. Enneccerus-Lehmann, S. 291.
2) cf. Motive I, S. 359.

nisse, das zwischen den Parteien besteht. Mit dem Untergange eines der bestehenden Schuldverhältnisse erlöschen die diesem entgegenstehenden Einreden, ohne dass überhaupt die Frage auftreten kann, ob die Einreden auf ein anderes übergehen können. Als Voraussetzung ist allerdings notwendig, dass nicht etwa die betreffenden Schuldverhältnisse aufeinander beruhen, indem das eine direkt aus dem anderen hervorgegangen ist.

In ähnlicher Weise gestaltet sich die Sachlage bei der hier zu behandelnden Bestimmung des § 364 Abs. 2 BGB. Ein Unterschied liegt nur darin, dass beide Schuldverhältnisse nicht gleichzeitig bestehen, sondern dass im Momente der Neuschaffung der Verbindlichkeit und der Annahme seitens des Gläubigers die Urforderung erlischt, ohne dass die eine auf der anderen beruht und davon abhängig ist. Mit dem Erlöschen der bisherigen Schuld müssen demnach alle Einreden untergehen, sie gehen weder über noch üben sie irgend einen Einfluss auf das spätere Forderungsrecht aus. Es tritt diese Wirkung um so deutlicher hervor, als die neue Schuld in ihrem Inhalte von der alten verschieden ist und sie auf abstrakter Basis beruht,[1]) während die Urforderung eine causale Grundlage haben kann. Unbillig ist diese Rechtsfolge keineswegs, denn vom Schuldner geht die Uebernahme der neuen Verbindlichkeit aus, und er kann sich vor diesen Folgen bewahren, indem er sich das betreffende Gegenrecht für die neue Schuld vorbehält. Diese Möglichkeit kann ihm nicht genommen werden, sie kann allerdings durch die Annahme seitens des Gläubigers eine gewisse Beschränkung erfahren, weil es immerhin auf seine Ge-

1) Man darf hiermit den Fall des § 784 BGB. vergleichen, denn die Annahme einer Anweisung ist auch abstrakter Natur, infolgedessen sind nur ganz bestimmte Einwendungen gegeben; Einwendungen aus einem früheren Rechtsverhältnisse sind ausgeschlossen, vgl. auch Art. 82 W.O.

nehmigung ankommt. Wird eine Vereinbarung betreffs des Weiterbestehens der Einrede nicht getroffen, dann erlischt sie mit der Annahme, und der Schuldner kann sie einer Klage des Gläubigers nicht mehr entgegenhalten.[1])

Hat der Schuldner bei dem Abschlusse des Vertrages das Bestehen der Einrede gewusst, so lässt sich hieraus schliessen, dass er auf die Einrede verzichtet, wenn er sie sich nicht vorbehält. Es kann ihm dann weder ein Anfechtungsrecht noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zuerkannt werden. Wusste er hingegen von dem Bestehen der Einrede nichts, so ist ihm bei Vorhandensein einer dilatorischen Einrede in Analogie zum § 813 Abs. 2 BGB. eine Rückforderung ausgeschlossen. Bei Vorliegen einer peremtorischen darf man ihm unter Umständen dasselbe Recht einräumen, das ihm zustehen würde, wenn die Urforderung nichtig wäre;[2]) ausgenommen ist jedoch stets die Einrede der Verjährung. (Vgl. §§ 813 Abs. 1, 222 Abs. 2 BGB.)

Die Erörterung über den Punkt, dass die Urforderung eine Naturalobligation ist, behandele ich hier im Anschlusse an die Einrede, weil sie oft nur im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Nichtig ist die Naturalobligation als solche nicht, sodass es nicht geboten schien, sie im vorigen Paragraphen zu besprechen.

Die Naturalobligation oder natürliche Verbindlichkeit ist eine Verpflichtung des Schuldners, mit der aufgerechnet, die durch Pfänder und Bürgen gesichert[3]) werden kann und die auch zu erfüllen ist, deren Leistung aber nicht im Wege der Klage erreicht werden kann, d. h. der Schuldner kann nicht zur Leistung gezwungen

1) cf. Schollmeyer, S. 281, Müller-Meikel, S. 324.
2) cf. oben S. 61 ff.
3) cf. Siber, Rechtszwang, S. 62, 234.

werden; es steht also in seinem Belieben, ob er leisten will oder nicht. Erfüllt er seine Schuld, dann ist sie getilgt, und er kann nicht die Leistung zurückfordern, weil nur eine natürliche Verbindlichkeit bestanden hat, vgl. § 814 BGB. Diese Rückforderung muss gemäss der Rechtsnatur dieser sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten selbst dann ausgeschlossen sein, falls der Leistende nicht gewusst hat, dass es sich um eine derartige Verbindlichkeit handelte; als Beispiel führe ich nur die verjährte Forderung an, deren Erfüllung immer zu recht besteht. Sie wird nun jedoch nicht nur durch die bestimmte Leistung erfüllt, sondern auch durch jede Hingabe an Erfüllungsstatt, insbesondere auch durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit, die sich ebenso als Leistung charakterisiert, vorausgesetzt, dass es eine andere Verbindlichkeit ist, wie es bei der datio in solutum der Fall ist.[1]) Diese Wirkung ist nur dadurch möglich geworden, dass ein anderes Schuldverhältnis geschaffen ist, welches von jetzt an auch klagbar ist. Dass dieses Ergebnis mit dem der Novation übereinstimmt, ist bei der Unabhängigkeit und Selbständigkeit der neuen Verbindlichkeit in beiden Verträgen nicht wunderlich.[2])

Für das bürgerliche Gesetzbuch sind hier einige Einschränkungen zu machen, und zwar kommt als wichtigste Bestimmung die Vorschrift des § 762 BGB. in Betracht.

Die Spiel- oder Wettschuld ist nach § 762 Abs. 1 BGB. eine unvollkommene Verbindlichkeit, sodass eine Leistung nicht erzwungen werden kann; sollte dagegen etwas auf Grund des Spieles oder der Wette gegeben sein, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden. Nach obigen Ausführungen müsste sich diese Regelung auf den Fall beziehen, dass die Spiel- oder Wettschuld

1) cf. Dernburg, bürg. Recht II, S. 9.

2) cf. oben S. 64 Anm. 1, Kohler, Lehrb. S. 190.

durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt in eine klagbare umgewandelt sei, denn es läge eine an und für sich rechtsgültige Leistung vor. Bei der Abstraktheit der neuen Verbindlichkeit wäre diese Folgerung durchaus gerechtfertigt. Dem ist aber nicht so, denn hier steht die Vorschrift des § 762 Abs. 2 BGB. hindernd im Wege:

„Diese Vorschriften (nämlich, dass durch Spiel oder Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet werde) gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis."

Nach dieser Bestimmung soll es den Parteien unmöglich sein, eine nicht verpflichtende Spiel- oder Wettschuld durch Umwandlung in eine neue Schuld klagbar machen zu können. Der Absatz 2 dieses Paragraphen ist im weitesten Sinne zu verstehen, denn das Gesetz will für jeden Fall verbieten, dass die Spiel- oder Wettschuld durch Umgehung des Absatzes 1 klagbar wird;[1]) gleichgültig ist es, welcher Grund den Gesetzgeber zu dieser Vorschrift veranlasst hat, es genügt, festzustellen, dass die Klagbarkeit auf Grund einer derartigen Verpflichtung niemals gewährt werden soll. Die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit zwecks Annahme an Erfüllungsstatt fällt daher zweifellos unter die Regel des § 762 Abs. 2 BGB.,[2]) denn die datio in solutum bezweckt nach § 364 Abs. 2 BGB. Befriedigung des Gläubigers, also Erfüllung

1) cf. E.R. B. 47, S. 51, B. 51, S. 357, 156, B. 52, S. 39.

2) cf. Siber, Rechtszwang, S. 61, Planck, § 762, N. 8a, Crome, System, II, S. 269, Anm. 4, Endemann I, § 187, 2, Matthias I, § 130, I, B., Meissner, § 762, Berndorff, S. 78 ff., Staudinger, zu § 364, Abs. 2, Kohler, Lehrb. S. 190, E.R. B. 52, S. 39. R.G. in J. W. 1904, S. 124.

der bisherigen Forderung, und diesen Punkt hebt gerade § 762 Abs. 2 BGB. hervor. Nebensächlich ist es, ob die neue Verbindlichkeit auf die alte Bezug nimmt, die Umwandlung erzeugt in jedem Falle stets wieder nur eine unvollkommene Verbindlichkeit, ohne dass es erst einer Einrede bedarf.[1]) Erfüllt der Schuldner diese neue Forderung, dann ist allerdings wiederum die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen. Dieselben Grundsätze finden bei den Gesetzesbestimmungen der §§ 656, 763, 764 BGB. und 66 des Börsen-Gesetzes[2]) Anwendung.

III. Wie Seite 68 erwähnt, tritt bei dem Vertrage nach § 607 Abs. 2 BGB. der Unterschied zwischen den Wirkungen einer peremtorischen oder dilatorischen Einrede, mit der die Urforderung behaftet ist, schärfer hervor. Doch zunächst ist festzustellen, inwiefern die Einrede überhaupt einen Einfluss auf die Darlehensverbindlichkeit ausüben kann. Auch hier will ich nicht weiter auf die Einwendung näher eingehen, denn liegt eine Einwendung vor, dann gilt die Urforderung nichts, der Schuldner hat also keine res, die er dem Gläubiger schuldet, in Händen; es fehlt damit die notwendige Voraussetzung zur Entstehung der Darlehensverpflichtung, m. a. W. es ist so anzusehen, als ob die Einwendung auf die Darlehensschuld übergeht. Zu demselben Resultat muss man m. E. gelangen, falls der Urforderung eine Einrede entgegensteht, und zwar aus dem Grunde, weil das Darlehen aus dem hervorgehen soll, was aus dem alten Schuldverhältnisse geschuldet wird und nur soweit es geschuldet wird. Ist das Geschuldete durch ein Gegenrecht in irgend einer Weise beschränkt, dann vermag es nur, insoweit es nicht beschränkt ist, als Darlehen begründet zu werden; im übrigen muss es unwirksam sein, weil der

1) cf. Planck, § 762, Anm. 8.

2) cf. Rechtspr. der Oberlandesger. B. 4, S. 234.

Schuldner aus einer nicht wirksamen Schuld nicht zu leisten verpflichtet ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Urforderung durch Erlass gänzlich getilgt wird, denn der Erlass, der sich allerdings auf das gesamte Schuldverhältnis bezieht, kann auch nur soweit eine Schuld aufheben, soweit er sie vorfindet, und das ist der noch wirksame Bestandteil der alten Schuld. Es kommt daher die Darlehensverpflichtung nur zustande, soweit die alte Schuld wirksam war; der Schuldner kann einer Klage des Gläubigers gegenüber auf die Einrede aus der Urforderung hinweisen und sie geltend machen,[1]) der Gläubiger ist daran gebunden. Demnach ist die Einrede auf die Darlehensverpflichtung übergesprungen, d. h. sie entkräftet das Darlehen in derselben Weise, wie sie die alte Schuld entkräften würde.

Da mit dem Abschlusse des Vertrages die Urforderung durch den Erlass aufgehoben wird, so muss sich hieraus ergeben, dass dem Schuldner nur Einreden zustehen, die entstanden und begründet sind, solange die Urforderung noch vorhanden war, denn nach deren Erlöschen können neue Einreden nicht entstehen, weil die Forderung nicht mehr besteht. Vom Abschlusse des Vertrages an entspringen Einreden nur noch aus dem Darlehen selbst.[2]) War bei dem Abschlusse des Vertrages noch zweifelhaft, ob eine Einrede wirksam ist oder nicht, dann wird es auf die Absicht der Parteien ankommen, vorausgesetzt, dass sich dieser Fall nicht als eine Bedingung darstellt; hier finden die Regeln des § 5 Anwendung. Sollte sich allerdings nach dem Abschlusse des Vertrages eine Tatsache ergeben, die die Parteien nicht voraussehen konnten und die die Urforderung hin-

1) cf. Martin, S. 65, E.R. B. 62, S. 52, J.W. 1891, S. 212, Seuffert, Arch. B. 23, N. 118.

2) cf. Martin a. a. O.

fällig machen würde — es dürfte sich in diesem Falle wohl nur um eine peremtorische Einrede handeln —, dann kann der Schuldner auf Grund des § 812 BGB. die Herausgabe der Darlehensverpflichtung verlangen, da der rechtliche Grund, auf dem das Darlehen beruhte, wieder fortgefallen ist.[1]) Macht der Schuldner dieses Recht nicht geltend, dann bleibt die Darlehensverpflichtung bestehen.

Ueber den Unterschied zwischen der dilatorischen und peremtorischen Einrede ist noch einiges zu bemerken. Die dilatorische Einrede lässt an sich die Schuld unberührt und übt ihre Wirkung nur auf den Augenblick der Leistung selbst aus, d. h. der Gläubiger kann, solange die dilatorische Einrede besteht und der Schuldner sich auf sie beruft, die Leistung noch nicht beanspruchen. Da die Schuld trotzdem wirksam ist, so kann auch das Darlehen vollgültig durch die Vereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. entstehen, die dilatorische Einrede — es sei denn, dass in der Vereinbarung ein Verzicht auf dieselbe liegen soll — ist nur insofern von Bedeutung, als während ihres Bestehens keine Rückgabepflicht seitens des Darlehensschuldners vorliegt; auch das dem Darlehen etwa hinzugefügte Zinsversprechen beginnt erst mit dem Unwirksamwerden der dilatorischen Einrede. Andere Vereinbarungen zu treffen, ruht in der Macht der Parteien und richtet sich nach deren Willen.

Anders die peremtorische Einrede. Sie ist derart, dass der Anspruch des Gläubigers dauernd ausgeschlossen ist, es ist so gut als wenn der Schuldner ihm nichts schuldet. Es fehlt daher die für die Darlehensvereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. notwendige Voraussetzung einer gültigen und wirksamen Schuld; ein Darlehen kann demnach nicht geschaffen werden, es sei

1) Praktisch ist das Ergebnis dasselbe, wie wenn dem Schuldner die Einrede auch jetzt noch unbeschränkt zustand.

denn, dass der Schuldner auf die Einrede verzichtet, wenn dies möglich ist, wie z. B. bei der Einrede der Verjährung. Bei letzterer Einrede ist es überhaupt möglich, dass das Darlehen stets zustande kommt, weil der Anspruch als solcher bestehen bleibt. Nur steht dem Schuldner in Analogie zum § 222 Abs. 1 BGB. immer das Recht zu, die Rückerstattung des Darlehens zu verweigern, allerdings nur dann, wenn die Verjährung der Urforderung zur Zeit des Abschlusses des Vertrages schon vollendet war, andernfalls beginnt mit der Umwandlung eine neue Verjährung.[1])

Das Ergebnis, das die aus einer Spielschuld oder dgl. hervorgegangene unvollkommene Verbindlichkeit bei der Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit beherrscht, tritt in ähnlicher Weise bei der Darlehensvereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. zu Tage. Nur beschränkt es sich nicht allein auf eine derartige soeben erwähnte, sondern auf alle natürlichen Verbindlichkeiten, denn wenn § 607 Abs. 2 BGB. vorschreibt, dass die bisherige Schuld als Darlehen geschuldet werden soll, so ist damit gesagt, dass sie dieselbe bleibt; also ist es unmöglich, durch eine derartige Vereinbarung eine klaglose zu einer klagbaren Schuld zu machen, eben aus dem Grunde, weil die bestehende Schuld als dieselbe wenn auch in einem anderen Gewande weiter bestehen bleibt. Hiermit stimmt auch eine Entscheidung des Reichsgerichts[2]) überein, die allerdings nur für eine Schuld aus einem Börsentermingeschäfte gefällt war. Die Verallgemeinerung auf alle Naturalobligationen ist aber bei dem Uebergange des Geschuldeten notwendig, weil die Darlehensvereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. niemals eine Neubegründung der alten Schuld bezweckt,

1) Vgl. oben S. 42, Anm. 1.

2) Vgl. R.G. in J.W. 1902, S. 369.

sondern nur ihr ferneres Bestehen, allerdings in der Form eines Darlehens. Es bleibt somit die Darlehensschuld nach der Umwandlung eine unvollkommene Verbindlichkeit, wie es die bisherige Schuld war.

§ 8. Die Anfechtbarkeit der neuen Forderung.

I. Im § 2 ist darauf hingewiesen, dass die Wirkungen der Novation nach zwei Richtungen auseinandergehen, indem einerseits eine Forderung aufgehoben, andererseits eine neue begründet wird. Diese Gestaltung zeigt sich in einer sehr einschneidenden Form, da nämlich die eine Wirkung ohne die andere bestehen kann, denn wie Salpius [1]) nachgewiesen hat, bedarf „die Novationsstipulation zu ihrer tilgenden Wirkung keines obligatorischen Inhalts, ihre liberatorische Wirkung ist unabhängig von ihrer obligatorischen". So kommt es, dass die tilgende Wirkung der Novation eintreten kann, falls die neue Forderung anfechtbar oder nichtig ist. Dieser Ansicht war auch schon Gaius, der „nur die Rechtsfähigkeit des promissor zu verlangen scheint, um auch einer ganz nichtigen Obligation wenigstens die zerstörende Kraft der Novation zuzuschreiben, indem er diese auch in dem Falle zulässt, wo jemand post mortem suam dare promiserit". [2]) In ähnlicher Weise auch l. 91, D. 46, 3: immo debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris supponendo, a quo debitum novandi causa stipuleris: quod etiamsi acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit: nam et petentem te doli mali praescriptio excludet.

Diese Wirkung der Novation, dass die alte Forderung getilgt wird, trotzdem das neue Forderungsrecht anfechtbar, nichtig oder durch Einwendungen entkräftbar ist,

1) cf. Salpius, S. 148 ff. (allerdings bestritten).
2) cf. Keller, § 276, Anm. 6.

hat auch ihre Geltung im gemeinen Rechte behalten, denn auch hier „hinderte die Novationswirkung nicht der Umstand, dass das neue Forderungsrecht anfechtbar war“.[1]) Man darf diesen Fall nicht damit verwechseln, dass der ganze Novationsvertrag anfechtbar oder nichtig ist, denn dass dann die Urforderung gültig bleibt und nicht beeinflusst wird, bedarf weiter keines Beweises. Es handelt sich hier nur darum, dass der Gläubiger, obwohl auch die alte Forderung getilgt ist, sich nicht aus der neuen befriedigen kann, weil diese materiell hinfällig ist. Dass ein derartiger Zustand möglich ist, leuchtet schon deshalb ein, weil die Stipulation bezw. die formlose Forderung des gemeinen Rechtes gerade in der Absicht eingegangen werden konnte, die alte Forderung aufzuheben, ohne dass sie eine selbständige den Schuldner verpflichtende Wirkung besitzt.[2]) Es genügt daher, dass die Novation gültig zustande kommt, der Bestand der neuen Forderung ist für die Absicht der Tilgung der alten nebensächlich.[3]) Der Gläubiger erleidet unter Umständen hierdurch unverschuldet Schaden, und man wird ihm daher einen „Anspruch auf Rückgabe des verlorenen Forderungsrechtes“ oder dgl. zugestehen müssen.[4])

II. Die Vertragsnatur der datio in solutum bewirkt naturgemäss die Ungültigkeit der neuen Verbindlichkeit, die vom Schuldner an Erfüllungsstatt übernommen ist, wenn der Vertrag nichtig ist; eine Erklärung hierfür ist unnötig. Fraglich ist es dagegen, ob das Rechtsgeschäft der datio in solutum durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit wenigstens in Bezug auf die Aufhebung der alten Forderung wirksam sein kann, falls die neue Forderung anfechtbar ist und demgemäss im Falle der

1) cf. Windscheid, § 354. S. 475.
2) cf. Salkowsky, S. 423.
3) cf. Brinz, § 282, a. M., Vangerow, § 619.
4) cf. Windscheid, Pand. II, S. 476, § 354.

Anfechtung als nichtig erscheint. Dieser letzte Punkt ist hier zu erörtern; er ist scharf von dem ersteren zu trennen, denn sie unterscheiden sich, wie die Folge zeigt, wesentlich von einander. Man darf daher nicht in den Fehler verfallen, der der Arbeit von Koolwyk unterlaufen ist.[1]) Letzterer spricht nur von der Nichtigkeit des ganzen Vertrages und bezieht hierauf die Worte von Schollmeyer[2]): „Die alte Schuldverbindlichkeit erlischt auch dann, wenn die neue nichtig war.“ Dabei hat Koolwyk übersehen, dass diese Worte sich gar nicht auf die Nichtigkeit des ganzen Vertrages beziehen, sondern nur auf die Nichtigkeit der neuen Forderung. Dass er infolge dieses Versehens kein richtiges Resultat gefunden hat, ist zu erklären. Es fragt sich jedoch, ob nicht die Nichtigkeit der neuen Forderung auf den ganzen Vertrag von Einfluss ist, sodass in diesem Falle das Ergebnis in beiden Punkten dasselbe wäre.

Zu diesem Zwecke ist es notwendig, sich kurz zu wiederholen, auf welche Weise die Wirkungen des Vertrages der datio in solutum ihre Geltung erhalten. Sie bestehen in der Hauptsache in der Tilgung der Urforderung und dem Entstehen der neuen Forderung. Von Bedeutung ist hier nur die erstere, die Aufhebung der Urforderung. Erreicht wird dieselbe durch die, sei es ausdrückliche, sei es stillschweigende Annahmeerklärung des Gläubigers, in diesem Augenblick erfolgt auch die Löschung des alten Schuldverhältnisses. Dieser Vorgang ist überhaupt der Zweck des Vertrages und hierauf beruht sein Hauptwert, denn der Gläubiger nimmt im Bewusstsein seines Willens, der auf das Erlöschen gerichtet ist, — ohne dieses Wissen kann das Rechtsgeschäft der datio in solutum durch Uebernahme einer neuen

1) cf. Koolwyk, S. 30, 31.
2) cf. Schollmeyer, § 364, N. 3.

Verbindlichkeit nicht zustande kommen —, die Forderung an und will von diesem Moment an seine rechtlichen Beziehungen zum Schuldner nur nach Massgabe der neuen Forderung geregelt haben, ein Zurückgreifen auf die ursprüngliche Forderung ist ausgeschlossen. Diese Folgerung ist der Bestimmung des § 365 BGB. zu entnehmen. Ohne dass durch diese Vorschrift die datio in solutum die Natur eines Kaufvertrages [1]) erhält, sollen sich die Folgen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache nach den Regeln über den Kauf richten, d. h. also nur die neue Forderung ist massgebend, die Urforderung ist und bleibt getilgt, entsprechend der bestimmten Vorschrift des § 364 Abs. 1 BGB., dass sie mit der „Annahme" erlischt; der Gläubiger kann die ursprüngliche Forderung nicht mehr verwenden, [2]) selbst dann nicht, wenn er beim Abschlusse des Vertrages die Mängel nicht gekannt hat.

Obwohl § 365 BGB. auf die datio in solutum durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit nicht direkt Bezug nimmt, so ist es doch erforderlich, die Konsequenzen, die er zu ziehen zwingt, hierauf zu übertragen, denn das Rechtsgeschäft der Annahme an Erfüllungsstatt ist im bürgerlichen Gesetzbuche einheitlich gestaltet worden, ohne dass eine Abweichung in ihren Hauptwirkungen zu verzeichnen wäre, — die Vermutung des § 364 Abs. 2 BGB. ist hierfür ohne Bedeutung. Die einheitliche Gestaltung gibt § 364 Abs. 1, denn er spricht neutral von einer Leistung, unter die auch der von uns besprochene Fall fällt. [3]) Mithin erlischt mit der Annahme der Verbindlichkeit seitens des Gläubigers stets das alte Schuld-

1) Vgl. oben S. 16.

2) cf. Schollmeyer, S. 282, Planck, § 365, Fischer-Henle, § 365, Anm. 2, Crome, System II, S. 263, 264, Dernburg, bürg. R. II, S. 268.

3) Vgl. oben S. 11 ff.

verhältnis vollständig, mag nun die neue Verbindlichkeit gültig sein oder nicht, mag der Gläubiger dieses wissen oder nicht. Das Rechtsgeschäft der datio in solutum verlangt mit Rechtsnotwendigkeit, dass, sobald die Annahmeerklärung des Gläubigers vorliegt, das Erlöschen der Urforderung eintritt, sodass der Gläubiger für den Fall der Anfechtbarkeit bezw. Nichtigkeit des neuen Forderungsrechtes die Urforderung nicht mehr geltend machen kann,[1]) sie lebt auch nicht wieder auf, es sei denn, dass der Vertrag unter Berücksichtigung dieser Möglichkeit bedingt eingegangen ist.

In diesem Ergebnisse liegt keine Unbilligkeit, denn es lag in der Hand des Gläubigers, ob er die alte Schuld aufgehoben haben wollte oder nicht. Auch wenn er nichts vom Mangel der neuen Verbindlichkeit gewusst hat, liesse sich nichts anderes sagen, denn es ist z. B. immer an die Möglichkeit zu denken, dass der Schuldner nach Abschluss des Vertrages zahlungsunfähig werden kann, und der Gläubiger auf diese Weise auch keine wirkliche Befriedigung erlangt. Hiergegen wird er sich nicht schützen können; doch wird ihm, falls er die Anfechtbarkeit bezw. Nichtigkeit der neuen Forderung nicht gekannt hat, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung meist zustehen, der dagegen bei Kenntnis ohne weiteres wegfallen wird.

III. Dass im Falle eines Vertrages nach § 607 Abs. 2 BGB. die Darlehensforderung anfechtbar resp. nichtig ist, während die zu Grunde liegende Schuld wirksam, wird nur selten vorkommen können; davon ist auch hier zu unterscheiden, dass der ganze Vertrag nichtig oder anfechtbar ist. Auch hier muss wieder von dem Zwecke des Vertrages ausgegangen werden. Er geht dahin, dass

1) cf. Schollmeyer, S. 282, Crome, System II, S. 264, Berndorff, S. 67, Welsch, S. 63, auch Achilles, § 365, Anm. 2.

an die Stelle der bisherigen Forderung die Darlehensverbindlichkeit treten soll und zwar soweit als erstere bestanden hat, sodass beide Forderungsrechte in engster Abhängigkeit und Wechselbeziehung stehen, m. a. W.: die Darlehensforderung ist durch den Bestand der Urforderung bedingt, die Aufhebung der alten Forderung aber von dem Bestande der Darlehensverbindlichkeit. Der Weg, der den Uebergang zum Darlehen vermittelt, ist der Erlass, da nämlich beide Forderungsrechte nicht gleichzeitig bestehen können. Der Erlass wird deshalb nicht eingegangen, um die alte Schuld aufzulösen, dies ist nur die notwendige Folge, die er mit sich bringt, also nicht solvendi causa, sondern nur um die Darlehensforderung überhaupt erst begründen zu können, credendi causa, denn es ist stets die Absicht der Parteien, dass das bisher Geschuldete weiter geschuldet werden soll. Die Vereinbarung wird daher immer unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen, dass das Geschuldete bis zu seiner wirklichen Tilgung bestehen bleibt. Der Vertrag wird dadurch stets zu einem auflösend bedingten insofern, als nur dann, wenn das Darlehen rechtsgültig und unanfechtbar ist, der Erlass seine endgültige Wirkung auf die Urforderung äussert. Wird dagegen die Darlehensverbindlichkeit später aus irgend einem Grunde nichtig, worunter auch die Anfechtung fällt (§ 142 BGB.), dann lebt die Urforderung wieder auf, denn das Moment, dass der Schuldner dem Gläubiger etwas schuldig ist, ist noch nicht fortgefallen, weil eine Erfüllung nicht eingetreten ist. Es ist so anzusehen, als ob die Vereinbarung überhaupt nicht geschlossen ist, was sich daraus erklären lässt, dass ihr Zweck, die Schaffung des Darlehens, wieder fortgefallen ist; die Schuldbeziehung zwischen den Parteien musste sich daher nach dem früheren Verhältnis richten, sodass also die Urforderung wieder vollgültig ist. Ob eine der Parteien für Nebenleistungen, die in-

zwischen fällig gewesen wären, aber durch die Verabredung entfallen waren, Ersatz verlangen kann, lässt sich nicht im allgemeinen beurteilen, sondern richtet sich nach Lage des Falles und auch danach, ob ein Verschulden vorliegt. In der Regel wird der Ersatz am Platze sein.

§ 9. Wirkung auf Pfandrechte und Bürgschaft.

I. Da die Novation in der Form eines Vertrages vorgenommen werden musste, ist es an und für sich möglich, dass Nebenrechte, wie Pfandrecht und Bürgschaft, die für die ursprüngliche Forderung bestellt waren, laut Parteiverabredung auf die neue Forderung übergingen. Inwieweit eine Zustimmung des Bürgen oder Pfandschuldners erforderlich ist, mag dahin gestellt bleiben, hier bedarf es darüber keines Nachweises, denn es soll nur die Folge gezeigt werden, die eintritt, falls über Nebenrechte keine Abmachung vorliegt. Ist diese nämlich nicht vorhanden, dann müssen mit der Novation sämtliche Accessionen, also Nebenrechte der bisherigen Obligation untergehen,[1]) denn in ihrer zerstörenden Kraft steht die Novation der solutio und acceptilatio gleich. Zu den sog. Nebenrechten gehören alle accessorischen Rechte, d. h. Rechte, die sich an ihre Forderung eng anschliessen und von dieser gänzlich abhängig sind, der Untergang der Forderung bewirkt auch den der Nebenrechte. Das Erlöschen der Urforderung, und dieses erfolgt, wie im § 2 gezeigt, durch die Begründung der neuen Schuld, hat demnach ein Freiwerden sämtlicher Bürgen und Pfänder zur Folge, sodass der Gläubiger diese Sicherungen verliert.

Der Untergang der Pfandrechte und Bürgschaften, sowie die damit verbundenen Befreiungen, liegen in der Natur der Sache, denn es kann niemandem zugemutet

1) cf. Keller, § 276.

werden, für eine Forderung zu haften, von der er nichts weiss, und für die er sich nicht verbürgt oder etwas verpfändet hat. Um so deutlicher erscheint die Konsequenz des Erlöschens in dem Umstande, dass die stipulatio oder die neue Forderung unabhängig von der bisherigen Schuld ist; es hätte nicht dafür Gewähr gegeben werden können, dass die neue Verbindlichkeit erweitert oder erschwert worden wäre.

Das römische Recht vertrat daher stets den Untergang dieser Rechte. Vgl. l. 18, D. 46, 2: novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus; und l. 4, C. 8, 40: Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt. Streit hat über diese Wirkung nicht bestanden, weder für das römische,[1]) noch für das gemeine Recht.[2])

II. Dem Vorbilde des römischen und gemeinen Rechtes folgend sind auch im bürgerlichen Gesetzbuche das Pfandrecht wie die Bürgschaft accessorische Rechte, die sich als Nebenverpflichtungen der zu sichernden Forderung anschliessen. Für das Pfandrecht folgt dieser Begriff insbesondere aus den §§ 1250 und 1252 BGB.,[3]) da das Pfandrecht ohne die Forderung nicht bestehen kann, für die Bürgschaft aus den §§ 765 und 767 BGB., denn sie setzt nach § 765 BGB. eine Hauptverbindlichkeit voraus, während § 767 BGB. die „Konsequenz der accessorischen Natur" ist, indem er vorschreibt, dass für die Bürgschaftsverpflichtung nur der Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend ist.[4]) Gemäss dieses Grund-

1) cf. Salpius, § 35.

2) cf. Salkowsky, S. 314, Windscheid, § 353, N. 10, Unger in Ztschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht, S. 555.

3) cf. Kuhlenbeck, § 1252, 1, Endemann II, § 134.

4) cf. Kuhlenbeck, § 767, Dernburg, bürg. R. II, 2, S. 343, Planck II, S. 821, Siber, Rechtszwang, S. 242 ff., Crome, System II, S. 868, Leske, S. 305, Oertmann, S. 834.

satzes der Accessorität gestalten sich auch die Wirkungen, die eintreten, falls bei einer datio in solutum nach § 364 Abs. 2 BGB. und einer Darlehensvereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. die Urforderung durch eins der erwähnten Rechte gesichert war; Voraussetzung ist unbedingt für das folgende, dass eine wirksame neue Verbindlichkeit bezw. Darlehensforderung geschaffen wird.

Bei der Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit ergeben sich hinsichtlich der Frage nach den Wirkungen der betreffenden Rechte keine besonderen Schwierigkeiten, wie auch schon die Motive[1]) in kurzen Worten das Ergebnis hervorgehoben haben: „Liegt in Wirklichkeit eine datio in solutum vor, so erlöschen hier wie im ersten Falle die mit der erloschenen Forderung verbundenen, zu deren Verstärkung dienenden Nebenrechte. Bürgen und Pfänder werden frei.“ Es liegt diese Wirkung auf der Hand, denn, wie oben ausgeführt, erlischt durch die Annahme an Erfüllungsstatt die Urforderung gleichsam, als wenn die geforderte Leistung erfolgt ist. Mit dem Untergange der Forderung aber erlischt auch das Pfandrecht, das für sie bestellt war (§ 1252 BGB.). Von einem Uebergehen auf die neue Verbindlichkeit kann nicht etwa aus dem Grunde die Rede sein, dass sie im allgemeinen denselben Wert habe, wie die alte, es sei also für den Bürgen oder Pfandschuldner ein weiterer Nachteil nicht zu befürchten. Hierauf kommt es nicht an, denn einmal ist es nicht notwendig, dass die neue Forderung denselben Wert repräsentiert, er kann grösser als auch geringer sein, sodass für jeden einzelnen Fall eine andere Bestimmung massgebend sein müsste, ohne dass ein entsprechender Parteiwille vorhanden ist, zum andern widerstrebt es der Auffassung des Wesens des Pfandrechts, das an die

1) cf. Motive II, S. 82.

eine ganz bestimmte Forderung gebunden ist. Möglich ist es, dass die Parteien mit Zustimmung des Pfandschuldners die Haftung der Sache für die neue Schuld fortsetzen lassen, jedoch wäre eine derartige Vereinbarung als neue Pfandbestellung aufzufassen, nicht als eine reine Fortdauer, entsprechend dem Vorgange des Hauptvertrages; eine Vermutung für eine Fortdauer besteht nicht.

In ähnlicher Weise liegen die Verhältnisse bei der Hypothek, die, wenn sie auch nicht unter den Begriff des „Pfandrechts" im Sinne des bürgerlichen Rechtes fällt, so doch immerhin ein Pfand ist, indem auch sie als Sicherung für eine Forderung bestellt ist und demgemäss haftet. Abgesehen von dem Umstande, dass sie nur an unbeweglichen Sachen möglich ist, ist sie noch insofern von dem „Pfandrechte" verschieden, als sie nicht streng accessorisch ist, sondern auch z. B. ohne Forderung bestehen kann und nicht an sie gebunden ist, vgl. §§ 1163, 1180, 1198 BGB. Eine Aenderung vollzieht sich jedoch auch hier, wenn die Urforderung durch Annahme an Erfüllungsstatt erlischt; denn nach § 1163 Abs. 1 BGB. erwirbt der Eigentümer (des Grundstücks) die Hypothek, sodass sie für die Forderung selbst nicht mehr in Betracht kommt.

Die Verpflichtung des Bürgen setzt wie erwähnt eine gültige Forderung voraus und besteht darin, dass er für die Forderung aufzukommen verspricht, d. h. selbst die Forderung erfüllen will, wenn der Hauptschuldner zu leisten nicht imstande ist. Wird die Forderung erfüllt oder verliert sie aus einem anderen Grunde ihre rechtliche Existenz, dann wird damit auch die Verpflichtung des Bürgen hinfällig. Wie das Erlöschen der Schuld herbeigeführt ist, sei es durch Unmöglichkeit oder durch

sonst einen Umstand, ist gleichgültig,[1]) der Untergang allein ist für das Freiwerden des Bürgen von Bedeutung. Diese Wirkung tritt unzweifelhaft auch bei der datio in solutum durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit ein, wo doch die Urforderung gleichsam als erfüllt gilt. Da zum Erlöschen dieser Forderung das Einverständnis der Parteien erforderlich ist, so kann die Beendigung der Bürgschaft für keine der Parteien etwas Ueberraschendes sein, denn durch die Uebernahme wird die ursprüngliche Forderung in ihrer Gesamtheit beseitigt, es entspricht der Rechtskonsequenz, dass mit dem Wegfallen des Hauptrechts auch das Nebenrecht wegfällt,[2]) daher der Fortfall sämtlicher Nebenrechte.[3])

III. Alle Schriftsteller, die der soeben besprochenen Wirkung Erwähnung getan haben, treten für den Untergang der Nebenbestimmungen bei der Annahme an Erfüllungsstatt ein. Anders im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. Martin[4]) lässt diese Frage dahingestellt und betont, dass die Umstände des Vertrages den Willen der Parteien erkennen lassen müssen.

Planck[5]) will von einem Untergange des Pfandrechts oder der Bürgschaft nichts wissen, sondern behauptet, dass „eine solche Umwandlung, anders wie die römische Novation, nicht die Folge hat, dass die für die alte Schuld bestehenden Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen."

---

1) cf. Planck II, S. 824, Dernburg, bürg. Recht, § 290, E.R Bd. 29, S. 110.

2) cf. Danz im A. f. d. ziv. Praxis, Bd. 74, S. 281.

3) cf. Endemann, Lehrb. I, S. 636, Planck, § 364, N. 2, Rehbein, S. 294, Schollmeyer, § 364, N. 3, Dernburg, bürg. R. II, S. 267, Crome, System II. S. 264, Kuhlenbeck, §§ 1252, 765, Achilles, § 764, Anm. 1, Leske, S. 157, Oertmann, S. 858, Müller-Meikel, S. 324.

4) cf. Martin, S. 63.

5) cf. Planck, § 607, N. 7.

Andere haben sich dieser Auffassung angeschlossen.[1]) Dem ist aber nicht beizutreten. Der wichtigste Grund, der hiergegen spricht, ist der Umstand, dass die bisherige Forderung vollständig erloschen und dafür die Darlehensverbindlichkeit entstanden ist. Nach den Ausführungen im § 4 steht fest, dass zwecks Schaffung des Darlehens zunächst die alte Forderung erlassen werden muss, der Erlass also eine notwendige Voraussetzung der Vereinbarung ist. Ein Erlass bewirkt aber nach § 397 BGB. das Erlöschen des Schuldverhältnisses. Dass der vorliegende Erlass den für ihn geltenden Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches entspricht, bedarf weiter keiner Erwähnung, denn er ist an eine Form nicht gebunden, nur dass er in einem Vertrage[2]) zwischen Gläubiger und Schuldner vorgenommen werde, im Wege des Vertrages kommt aber die Vereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. zustande. Es kommen demnach dem hierin enthaltenen Erlasse die vollen Wirkungen zu. Ueber diese Folgen lässt das bürgerliche Gesetzbuch kein Zweifel offen, denn es sagt bestimmt, dass das Schuldverhältnis erlischt. Aus dem Vergleiche mit den §§ 362, 364 BGB. ergibt sich, dass im § 397 BGB. dieselben Wirkungen beabsichtigt sein müssen, wie in diesen beiden Paragraphen, d. h. das frühere Schuldverhältnis ist erloschen, wie wenn es erfüllt ist.[3]) Hiernach tritt ein Untergang der Bürgschaft

1) Enneccerus-Lehmann, § 218, Neumann, z. § 607, N. 3 (im Zweifel), Türcke, Niederführ und Winter, § 607, Anm. 8.

2) Der Erlass ist ein einseitiger Vertrag, wie nicht bezweifelt werden wird. Dieses Moment kommt auch in dem Vertrage nach § 607, Abs. 2 BGB. zu Bedeutung, indem durch den Erlass nur eine Partei verpflichtet wird, nämlich der Gläubiger, da er die Schuld in den Händen des Schuldners als Darlehen zu belassen hat, also er allein eine Leistung bewirkt, wie die Darlehensvereinbarung nach § 607, Abs. 2 BGB. auch voraussetzt, vgl. § 4.

3) Allerdings ist diese Folgerung immerhin nur in gewisser Beschränkung zu verstehen und es soll nicht damit gesagt sein,

und des Pfandrechtes und ein Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer des Grundstückes in gleicher Weise ein, wie bei der Annahme an Erfüllungsstatt,[1]) weil nämlich der Erlass den Fortfall dieser Rechte bedingt.[2])

Für diese Wirkung spricht ferner der Umstand, dass es dem Bürgen oder Pfandschuldner nicht einerlei sein kann, welcher Art die Forderung ist, für die er einzustehen hat bezw. für die die Pfandsache haftet. Denn wenn auch die Darlehensforderung auf dieselbe Schuld, auf dasselbe Geschuldete, geht wie die Urforderung, so kann in gewissen Fällen eine derartige Erschwerung seiner Verpflichtung eintreten, dass ihm ein ferneres Einstehen nicht immer zugemutet werden kann. Eine Erschwerung kann z. B. schon darin liegen, dass durch die Umwandlung seine Verpflichtung auf lange Zeit hinausgeschoben werden könnte, ohne dass man sich hiergegen zu wehren vermöchte, falls Bürgschaft und Pfandrecht ohne weiteres übergingen. Als gerechtfertigt muss daher der Untergang der betreffenden Rechte und das Aufhören der Haftung erscheinen. Nachteile liegen hierin weder für den Gläubiger noch für den Schuldner, denn sie können ja diese Wirkung durch besondere Abmachungen verhindern und einer etwaigen Einbusse vorbeugen. Erleiden sie infolge Rechtsunkenntnis einen Schaden, so haben sie denselben zu tragen, denn auf ein Nichtkennen des Gesetzes kann der Gesetzgeber keine Rücksicht nehmen.

---

dass im Falle des § 607, Abs. 2 stets dieselben Wirkungen eintreten wie im § 364, Abs. 2 BGB. Jedoch wenn das Darlehen gültig ist und in Zukunft bleibt, dann ist auch das alte Schuldverhältnis getilgt, als wenn es erfüllt ist, ohne dass behauptet wird, die Darlehensvereinbarung nach § 607, Abs. 2 BGB. sei ein Erfüllungsakt.

1) cf. Siber, Rechtszwang, S. 60, Rehbein, S. 293, Oertmann, S. 607.

2) cf. z. B. Kuhlenbeck, v. d. Pand. II, S. 671.

D.

§ 10. Soll durch die §§ 364, Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB. die Novation geregelt sein?

Im Anschluss an diese Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches wird fast stets die Frage aufgeworfen, ob sie die Novation, die im bürgerlichen Gesetzbuch als ein besonderes Rechtsinstitut nicht aufgenommen ist, regeln sollen. Hier nur weniges darüber.

Die Darstellung der rechtlichen Natur der Vereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. brachte es schon mit sich, dort auf diesen Punkt eingehen zu müssen.[1]) Das Ergebnis lief auf eine Verneinung der Frage hinaus, die nach den weiteren Ausführungen um so mehr verstärkt werden muss, als sich zeigte, dass der Darlehensvertrag nach § 607 Abs. 2 BGB. grundverschieden vom Novationsvertrage ist, denn das Darlehen entsteht nicht in unabhängiger Weise von der Urforderung und hebt diese dann, gewissermassen rückgreifend, auf, sondern wird aus ihr heraus geschaffen, indem die Urforderung die notwendige Grundlage bildet, ohne die das Darlehen überhaupt hinfällig ist; bei der Novation findet also die neue Forderung ihren Ursprung in dem Novationsvertrage, bei der Darlehensvereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. aber in der Urforderung selbst. Aus allen Gründen lässt sich in letzterer Vereinbarung keine Novation erblicken. Ihre praktische Anwendung weist allerdings in vielen Punkten eine derartige Uebereinstimmung, z. B. darin dass die Urforderung erlischt, auf, dass man wohl behaupten darf, die Darlehensvereinbarung im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. entspreche, weil ihre Erscheinung im Verkehrsleben bei rechtlicher Wirksamkeit ein der

1) cf. oben S. 90 ff.

Novation gleichkommendes Ergebnis mit sich bringt, der Novation wirtschaftlich, obwohl sie juristisch ein von ihr gesonderter Begriff ist.[1])

Betreffs des Verhältnisses der Annahme an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit zur Novation hat man sich auch in verschiedener Weise ausgesprochen. Einige sehen in der Bestimmung des § 364 Abs. 2 BGB. die Novation geregelt und bezeichnen sie daher schlechthin als Novation.[2]) Andere sind gerade entgegengesetzter Ansicht und verwerfen jeden inneren Zusammenhang mit derselben.[3]) Eine mehr vermittelnde Stellung nehmen folgende Juristen ein. Berndorff[4]) unterscheidet zunächst drei Arten der Novation, die Sicherungsnovation, die Kreditnovation und die Erfüllungsnovation und erblickt „in der Leistung an Erfüllungsstatt durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit, die identisch ist mit einer konkreten Art der Novation — der Erfüllungsnovation —, einen Unterfall derselben".

Oertmann[5]) glaubt, dass die datio in solutum durch Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit „sich der Novation nähere, aber noch immer dadurch verschieden sei, dass die neue Schuld jeden beliebigen Inhalt haben kann, nicht nur den alten in einer blossen neuen Form wiederhole", eine Ansicht, die der Auffassung der Novation als einer Neuschaffung entgegensteht, sodass der Unterschied, den Oertmann annimmt, nicht bestehen würde.

1) cf. Siber, Rechtszwang, S. 60.

2) cf. Endemann, Lehrb. I, S. 637, Scherer, Komm.-Recht d. Schuldverh. z. § 362, S. 226 und z. § 364, S. 234.

3) cf. Dernburg, bürg. Recht II, S. 270, Crome, System II, S. 269, Meisner, Komm. z. § 364, S. 70, Kuhlenbeck, von den Pand. S. 183.

4) cf. Berndorff, Anm. S. 53, 54.

5) cf. Oertmann, § 364, N. 2.

Schollmeyer[1]) „hält es nicht für begründet, in der Eingehung einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt ohne weiteres eine Novation zu erblicken".

Planck[2]) geht davon aus, dass „die Zwecke der Novation teils durch Zession oder Schuldübernahme, teils durch die Uebernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt erreicht werden".

Matthias[3]) ist der Meinung, dass ein Bedürfnis für das Institut der Schuldverwandlung (Novation) nicht mehr vorhanden ist, obwohl bei der Vertragsfreiheit im bürgerlichen Gesetzbuch dieselbe jederzeit vereinbart werden kann, und betrachtet als Ersatz u. a. die Annahme an Erfüllungsstatt nach § 364 Abs. 2 BGB. Zu ebendiesem letzteren Ergebnis gelangen auch Siber[4]) und Eck-Leonhard.[5])

Das Richtige liegt m. E. in der Ansicht der zuletzt angeführten Juristen. Feststeht und darüber herrscht auch kein Zweifel, dass das bürgerliche Gesetzbuch das Institut der Novation nicht aufgenommen hat und auch nicht hat aufnehmen wollen. Hierüber berichten die Motive[6]):

„Für die Nichtaufnahme von Bestimmungen über die Novation kommt in Betracht, dass dem Bedürfnisse, welches zu der mittels Wechsels des Gläubigers oder Schuldners sich vollziehenden Novation führte, im Wesentlichen durch die Vorschriften über die Zession und die Schuldübernahme gedient wird. Anlangend aber diejenige Novation, bei welcher der Gläubiger und der Schuldner sich nicht ändern, so kann auch die Gültigkeit

1) cf. Schollmeyer, S. 281.
2) cf. Planck II, z. § 364, N. 3 S. 216.
3) cf. Matthias, Lehrb. § 96.
4) cf. Siber, Rechtszwang, S. 60.
5) cf. Eck-Leonhard, Vorträge, S. 341.
6) cf. Motive II, S. 78.

und Wirksamkeit eines derartigen Vertrages, wodurch die bisherige Verbindlichkeit durch eine andere zwischen denselben Personen ersetzt würde, in Gemässheit der Prinzipien der Vertragsfreiheit und Formfreiheit der Verträge füglich nicht bezweifelt werden; ebenso können die Parteien auch den Vertrag mit diesen oder jenen Wirkungen errichten."

In den weiteren Ausführungen geben die Motive den Grund an, der überhaupt zur Aufnahme der Bestimmung des § 364 Abs. 2 BGB. geführt hat. Er liegt darin, dass Verträge der vorliegenden Art, nämlich der Verwandlung bestehender Schuldverhältnisse, sehr häufig vorkommen und erfahrungsgemäss vielfach zu Streitigkeiten führen. Infolgedessen sei es nötig gewesen, die Vermutung des § 364 Abs. 2 BGB. aufzustellen. An die Novation hat man hierbei mit Recht nicht gedacht. Hierfür spricht vor allem der Umstand, dass die Novation und die datio in solutum zwei getrennte Rechtsinstitute sind, die in sich nicht verbunden sind. Diese Erwägungen ergeben sich auch aus dem römischen Rechte, wo die datio in solutum mit einem Forderungsrechte neben der Novation bekannt, aber wenig gebräuchlich war. In ihrer Entstehung und ihren Zwecken sind sie verschieden,[1]) denn die datio in solutum diente zur Befriedigung des Gläubigers, eine Tatsache, die dem Wesen der Novation nicht zu Grunde liegt, obwohl auch durch sie die bestehende Schuld getilgt wurde; vielmehr fand die Novation vielfach nur zu dem Zwecke Anwendung, um einem der causa civilis entbehrenden Vertrage Klagbarkeit zu gewähren. Allerdings ergibt sich, dass im Erfolge die Novation und die datio in solutum oft übereinstimmen, indem durch

1) Vgl. über den Unterschied beider Hruza, zur Lehre von der Novation nach öster. u. gem. Rechte, Erlangen 1881, S. 147 bis 149, Berndorff, S. 52.

das eine wie das andere das bestehende Schuldrecht aufgehoben wird, ein Abbruch des bisherigen Kreditverhältnisses zwischen den Parteien eintritt u. dgl. mehr, ein Ergebnis, das auch aus unseren Ausführungen hervorgehen musste. Diese mannigfaltige Uebereinstimmung berechtigt uns jedoch nicht, sie deshalb als etwas Gleiches hinzustellen, ihre Verschiedenheit bleibt trotzdem bestehen. Ihre gleichen praktischen Folgen schaffen aber die Möglichkeit, in gewissen Fällen das eine für das andere gebrauchen zu können.

So gilt es auch für das bürgerliche Recht, wo die Novation als solche überflüssig ist. Doch ist es möglich, einen Vertrag nach Art der Novation zu schliessen, insofern ist auch die Novation noch heute theoretisch zu verwenden.[1]) Aber die Parteien wären dann gezwungen, derartige Verabredungen genau in allen Einzelheiten festzulegen. Die gebräuchlichsten Anwendungsfälle der Novation wenigstens ihren Wirkungen nach finden sie nur in verschiedenen Begriffen des bürgerlichen Gesetzbuches. Sie werden daher gut tun, sich nach diesen Vorschriften zu richten und auf diese Weise die Novation zu vermeiden. Es lässt sich hiernach sagen, dass durch diese Bestimmungen, gemeint sind Schuldübernahme, Uebertragung der Forderung[2]) und Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt, die Novation ersetzt worden ist. Keineswegs ist die Novation bestimmend für deren Aufnahme gewesen, denn sie rechtfertigen ihre Aufnahme durch ihr Bedürfnis, sie ist deshalb auch ohne jeden Einfluss auf diese drei Rechtsinstitute des bürgerlichen Gesetzbuches. Es kann zu Begriffsverwirrungen

---

1) cf. Schwarz, das Wesen der Novation und ihre Anerkennung im BGB., Gött. 1902.

2) cf. Eck-Leonhard, Vorträge, S. 341, Endemann I, S. 636, Matthias, § 96, Planck, § 364, N. 3, Dernburg, bürg. R. II, § 119.

führen, wenn man behaupten wollte, in ihnen läge die Novation, denn sie sind sich ihrem Grunde nach fremd. Dass sie dagegen die Novation zum Teil ersetzen, liegt in der Uebereinstimmung des Ergebnisses, der Natur nach bleiben es vollkommen getrennte Rechtsgeschäfte.

E.

§ 11. Schluss.

Wir haben im bisherigen gesehen, wie sich die §§ 364 Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB. nach dessem Rechte gestalten und wie ihr Verhältnis zur Novation ist. Es steht fest, dass ihr Anwendungsgebiet im Verkehrsleben ein sehr grosses und dass daher ihre Auslegung von besonderer Wichtigkeit ist. Stets ist darauf zu achten, dass in jedem Anwendungsfalle zuerst der Wille der Parteien erforscht werden muss, denn es sind nur dispositive Vorschriften, die der Parteiabsicht weichen müssen. Ihre Auslegung, wie sie dargestellt ist, findet nur dann Gebrauch, falls die Parteien keine näheren Erklärungen getroffen haben. Diese Paragraphen werden daher in ihrer reinsten Gestalt nur in verhältnismässig wenigen Fällen Anwendung finden, da die Parteien sich über die einzelnen Punkte meistens ausdrücklich geeinigt haben werden. Dies ist für sie von grösster Wichtigkeit, hauptsächlich hinsichtlich der Folgen, die diese Verträge mit sich bringen. Insbesondere bei der Darlehensvereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB. ist der Parteiwille streng zu beachten, denn in gar vielen Fällen werden die Parteien kaum eine derartige Formulierung, wie sie § 607 Abs. 2 BGB. gibt, wünschen, sondern nur ihre Schuld nach Darlehensgrundsätzen behandelt wissen, wobei dann

die bisherige Schuld durch einen sog. Schuldschein als solche anerkannt wird; bei dieser Vereinbarung ergeben sich von dem eigentlichen Falle des § 607 Abs. 2 BGB. erhebliche Abweichungen, indem z. B. Nebenrechte bestehen bleiben. Die Parteien werden deshalb gut tun, sich stets vorher über die rechtlichen Folgen ihrer Vereinbarungen zu orientieren und sie mit Vorsicht zu gebrauchen.